

Revista de la Escuela de Posgrado

Derecho Público Económico

Año 1, n.º 1 | enero-junio 2021 | SSN en línea (en trámite)





Revista de la Escuela de Posgrado

Derecho Público Económico

Año 1, n.º 1 | enero-junio 2021 | SSN en línea xxxx

Revista Derecho Público Económico

Año 1, n.º 1 | enero-julio 2021

ISSN en línea en trámite

Consejo Editorial

Director general

Christian Guzmán Napurí

Miembros del Consejo editorial

Nuria Esparch Fernández

Juan José Martínez Ortiz

Fabiola Paulet Monteagudo

Jaime Sobrados Tapia

Derecho Público Económico es una revista de publicación semestral de la Maestría de Derecho Administrativo Económico, Escuela de Posgrado de la Universidad Continental

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º x xxxx

Disponible a texto completo en <http://journals.continental.edu.pe/>

Cuidado de edición

Jullisa del Pilar Falla Aguirre, Fondo Editorial

Diseño y diagramación

Yesenia Mandujano Gonzales, Fondo Editorial

CONTENIDO

Editorial	7
Energías renovables alternativas, un reto para el Perú Pedro Gamio Aita	11
El sistema de inversión pública (invierte.pe) y los desafíos que enfrenta para mejorar la ejecución de la inversión pública: ¿un error de diagnóstico? Alfonso Jesús Garcés Manyari	25
Las medidas de salvaguardia en la comunidad andina Hugo R. Gómez Apac	45
El principio de subsidiaridad empresarial del estado Christian Guzmán Napurí	69
Marco teórico para entender (y enfrentar) los problemas de desempeño, integridad y corrupción en el sector público Juan José Martínez Ortiz	89
Un análisis de las implicaciones de la asignación de talento humano en las agencias públicas de <i>enforcement</i> Eduardo Melgar	99

Análisis constitucional de la eliminación del régimen de Contratación Administrativa de Servicios en la administración pública	129
Nadia Doménica Palomino Fernández	
Los impedimentos para contratar con el Estado y los principios de libre competencia y competencia	147
Victoria Raquel Pérez Aguilar	
Fundamentos para otorgar autonomía constitucional al INDECOPI	157
Pierino Stucchi López Raygada	
Alcances sobre el derecho a la movilidad sostenible en el Perú	175
Humberto Valenzuela Gómez	
Normas para los autores	193

EDITORIAL

La teoría económica ortodoxa, como presupuesto para el funcionamiento de la misma, consagra el axioma del «hombre económico», entendido como el convencimiento de que el hombre actúa «maximizando beneficios y minimizando costos» en la toma de decisiones económicas. Es decir, actúa racionalmente al actuar en el mercado¹. El acotado axioma, junto con el equilibrio del mercado y las preferencias estables, constituye la base del pensamiento económico moderno, en sus más diversas concepciones.

El Derecho Público Económico

Resulta necesario establecer un régimen jurídico que establezca los lineamientos del funcionamiento del régimen económico, puesto que el mercado, en determinadas circunstancias, puede mostrar distorsiones que no se corrigen únicamente con la racionalidad de los operadores de aquel, por ello es necesaria la intervención del Estado para hacerlo efectivo. En ese sentido, la función del Estado debe limitarse a realizar el papel de un árbitro de las actividades económicas, antes que a ser un interventor o un actor en el mercado, respetando así el principio de subsidiaridad.

A su vez, el poder público económico que es ejercido por el Estado y la Administración Pú-

blica en materia económica —pudiendo en ocasiones ser ejercido por particulares— debe ser sometido a los controles propios del Estado de Derecho, en especial los provenientes de la Constitución política, la cual por definición controla y organiza el poder político², que indiscutiblemente incluye también aquel que interviene en la economía. Caso contrario, dicho ejercicio puede ser arbitrario, perjudicando los derechos de los particulares y a la sociedad en su conjunto.

De eso trata el Derecho Público Económico, de determinar los parámetros de la intervención del Estado en la economía, obviamente dentro del contexto de una economía de mercado —o una economía social de mercado, que técnicamente es lo mismo—y sin vulnerar los derechos fundamentales, generando resultados eficientes en el mercado.

Es así que el sistema económico requiere que existan reglas claras para la intervención del Estado en la economía. Ello demanda, además, que dichas reglas hayan sido emitidas previamente, que sean conocidas por todos y que no sean modificadas sin que exista una real justificación técnica y jurídica, lo cual, evidentemente, incluye la estabilidad de la norma constitucional³.

1 TORRES, Juan. *Análisis económico del Derecho*. Madrid: Editorial Tecnos S. A., 1987, pp. 30-31.

2 LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Ariel, 1982, p. 149 y ss.

3 GUZMAN, C. *La constitución política: Un análisis funcional*. Lima: Gaceta Jurídica, 2015, p. 30 y ss.

Lo antes señalado implica que la tendencia del Derecho Público Económico es hacia la libertad del ciudadano y no hacia la restricción de sus derechos fundamentales, y que deben tomarse en cuenta las leyes básicas de la economía, en particular, las leyes de la oferta y la demanda, así como las leyes que rigen el equilibrio en el mercado. Caso contrario, la intervención administrativa en el mercado termina generando mayores distorsiones en vez de corregirlas. Tenemos, por ejemplo, la regulación económica, que tiene por finalidad que las decisiones privadas no perjudiquen el interés general⁴; sin embargo, las dificultades que entraña la regulación económica son bastante altas, dada la posibilidad de politización de la misma, así como el riesgo de empleo de la regulación por parte de actores económicos, quienes buscan verse favorecidos por la misma. Por ello, la regulación económica debe estar debidamente limitada y circunscrita a supuestos específicos, en especial, considerando que la misma implica limitaciones a derechos fundamentales.

Las herramientas empleadas en el Derecho Público Económico

Para el estudio del Derecho Público Económico, es necesario emplear las herramientas

adecuadas. Es obvio que el análisis jurídico tradicional no es suficiente para comprender el funcionamiento y aplicación —cuestión que muchos especialistas en este tema no lo tienen aún del todo claro—, por ello se requiere recurrir a otras disciplinas.

La primera de dichas disciplinas —como no puede ser de otra manera— es la propia economía. Es evidente, por ejemplo, que el Derecho Constitucional no puede ser entendido sin emplear instrumentos provenientes de la Ciencia Política, así como no puede analizarse debidamente el Derecho Administrativo sin el apoyo de la Gestión Pública. De la misma manera, es imposible entender el Derecho Público Económico sin el apoyo de la Ciencia Económica.

Ahora bien, el análisis económico tradicional, así como el análisis económico del derecho son medulares para ello, sin contar otras disciplinas de especial importancia para el estudio que vamos a efectuar en esta Revista, como son la Ciencia Política, la Gestión Pública —en sus nuevas vertientes, que incluyen los conceptos de reforma y modernización del Estado—, e incluso, la Filosofía Política y la Sociología.

En cuanto a la Gestión Pública, es preciso señalar que el Derecho Público Económico debe tener un enfoque de gestión, necesario para una mayor eficiencia en la intervención administrativa, incorporando conceptos de la modernización del Estado, como son la eficiencia, la

⁴ CASES Lluís. *Derecho administrativo de la defensa de la competencia*. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 25.

estructura del Estado, la gestión por procesos, la gestión por objetivos, la simplificación administrativa, entre otras. Este enfoque es clave para que los actores estatales empleen las herramientas de gestión de la manera más apropiada.

Finalmente, todo ello ocurre sin descuidar importantes instrumentos propiamente jurídicos, como la doctrina más reputada en la materia, así como el precedente administrativo y la jurisprudencia, en especial la que es emitida por el Tribunal Constitucional (TC). Sin embargo, en este último punto debemos adelantar que el análisis debe ser crítico, puesto que el TC no siempre ha establecido juicios adecuados respecto de los conceptos y principios que se van a describir en los diversos artículos que componen la Revista.

Finalidad de la Revista de Derecho Público Económico

En este orden de ideas, la *Revista de Derecho Público Económico* tiene como objetivo ser un medio de publicación académico de la Escuela de Posgrado de la Universidad Continental y, en particular, de la Maestría en Derecho Administrativo Económico, incluye por ello diversos temas que abarcan desde el Derecho Constitucional Económico hasta las Contrataciones del Estado, pasando por las diversas formas de regulación económica que existen.

Asimismo, la *Revista* publica artículos acadé-

micos en las áreas propias del Derecho Administrativo Económico, fomentando la investigación, así como la generación y difusión del conocimiento en esta materia, que mucha falta hace hoy en día. Es justo notar que existe un gran desconocimiento de estos temas, lo cual se manifiesta con claridad en el reciente proceso electoral, donde los candidatos emplearon los conceptos propios de esta materia de manera incorrecta.

En ese sentido, la *Revista de Derecho Público Económico* tiene por finalidad cubrir el vacío existente en publicaciones de esta naturaleza, tanto en el Perú como en el extranjero. De hecho, no existe una publicación que sea igual en el Perú. Además, en la actualidad existen pocas publicaciones de este tipo en Latinoamérica y en el resto del mundo, no obstante la importancia medular que esta materia tiene en este contexto.

Contenido de la primera edición de la Revista

En este primer número, se hallarán diversos artículos sobre determinados temas que componen dicha materia. Así Juan José Martínez Ortiz escribe sobre el «Marco teórico para entender (y enfrentar) los problemas de desempeño, integridad y corrupción en el sector público». Asimismo, tenemos el trabajo de Pierino Stucchi, «Fundamentos para otorgar autonomía constitucional al Indecopi».

A estos artículos se agrega el de Eduardo Melgar, «Análisis de las implicaciones de la asignación de talento humano en las agencias públicas de *enforcement*»; así como el trabajo de Nadia Palomino «Análisis constitucional de la eliminación del Régimen de Contratación Administrativa de Servicios en la Administración Pública»; al que se añade el artículo de Humberto Valenzuela «Alcances sobre el Derecho a la movilidad sostenible en el Perú»; y el trabajo de Alfonso Garcés, «Invierte.pe y los desafíos que enfrenta para

mejorar la ejecución de la inversión pública: ¿Un error de diagnóstico?». Además, tenemos el artículo de Pedro Gamio, «Energías renovables alternativas, un reto para el Perú», el trabajo de Hugo Gómez, «Las medidas de salvaguardia en la Comunidad Andina»; el artículo de Victoria Pérez, «Los impedimentos para contratar con el estado y los principios de libre competencia y competencia», y finalmente el trabajo de quien escribe estas líneas, «El principio de subsidiaridad empresarial del Estado».

CHRISTIAN GUZMÁN NAPURÍ
DIRECTOR GENERAL DE LA REVISTA

ENERGÍAS RENOVABLES ALTERNATIVAS, UN RETO PARA EL PERÚ

Pedro Gamio Aita*

REGULACIÓN ELÉCTRICA

La actividad propiamente eléctrica se inicia en 1884, con la operación de la primera central hidroeléctrica en la provincia de Huaraz, distrito de Yangas, construida por una empresa minera. Es en el gobierno del general Miguel Iglesias, en 1886, con la empresa privada Peruvian Electric Construction and Supply (PECS), que entra en operación la primera central térmica que permitió el alumbrado público en la Plaza de Armas y algunas calles del centro de Lima. Después de 170 años todavía en el país no logramos pleno acceso a la energía. La matriz se basa principalmente en hidroelectricidad y gas natural, con una pequeña participación de solo 5 % de energías renovables alternativas.

El sector eléctrico peruano actual tiene como base la Ley de Concesiones Eléctricas (en adelante LCE), aprobada mediante Decreto Ley N.º 25844, vigente desde el 1992, y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 009-1993-EM, así como sus modificatorias y normas com-

* Abogado, Magíster en Gestión de Políticas Públicas por la Universidad Carlos III de España y egresado de la Maestría de Ciencia Política de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Ha realizado estudios de posgrado en Gestión Empresarial en Energía en ESAN. Tiene estudios de especialización en Legislación ambiental, por la Universidad Politécnica de Madrid, España, y en Contratos de Energía por el Petroleum Institute of Texas. Asimismo, ha realizado curso de especialización en Gestión de la Innovación, Harvard University.

Actualmente, es Presidente del Panel Asesor de Monitoreo Independiente del Proyecto Camisea, por encargo del Eximbank. Es consultor de GIZ, agencia alemana de cooperación internacional. Fue consultor de SNV, Servicio Holandés de Cooperación al Desarrollo. Asimismo, es integrante del Consejo Directivo de la Plataforma Latinoamericana de Energías Renovables (PLESE). Ha sido parte del equipo negociador del Perú en la COP 20 y coordinador de Energía, así como participante en la COP 21 y COP 23.

Se desempeñó como viceministro de Energía del Perú entre los años 2006 y 2008, como consultor de la Fundación Konrad Adenauer, del Banco Mundial, del BID, PNUD, WWF, OEFA y CEPLAN en materia de energía y medioambiente. Fue director para América Latina de Global Village Energy Partnership y de INDUFOR con el Gobierno de Finlandia y el IICA; Chief Technical Advisor o asesor principal de dos fondos concursables, que han permitido la ejecución de 50 proyectos innovadores y replicables con tecnologías renovables en zonas rurales y de extrema pobreza en Latinoamérica.

Correo electrónico: pedrogamioa@gmail.com

plementarias. Esta Ley marcó la liberalización y privatización del mercado eléctrico peruano desde 1992, estableciendo la división de las actividades del sector eléctrico en generación, transmisión, distribución y comercialización, para las cuales se podían otorgar concesiones y autorizaciones, actuando el Estado como ente regulador (Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería [OSINERGMIN], 2016). A partir de esta Ley, nacieron otras que determinaron la estructura del mercado eléctrico actual.

La reforma legal del sector eléctrico se concretó junto a la privatización de la mayor parte de los activos que el Estado mantenía en el mercado eléctrico. Eso trajo inversiones y la mejora de la calidad del servicio público en Lima, la capital del país. El capital privado involucró mayor innovación y eficiencia en las prestaciones. Mediante la inversión privada en la actividad eléctrica, se mejoró la infraestructura, se inicia la construcción de nuevas centrales y más líneas de transmisión. A continuación, se realizará una breve descripción de las normativas principales, de prospectiva, planes y normativas relacionadas con la electricidad y los recursos energéticos renovables.

Ley de Concesiones Eléctricas (Decreto Ley N.º 25844)

Mediante la LCE se estableció que se constituyeran servicios públicos de electricidad: a) El suministro regular de energía eléctrica para uso colectivo o destinado al uso colectivo, hasta los límites de potencia fijados por el Reglamento; y, b) La transmisión y distribución de electricidad. Además, se instituyó que el Servicio Público de Electricidad es de utilidad pública (Decreto Ley N.º 25844). Por lo tanto, se re-

quiere concesión definitiva para cada una de las siguientes actividades:

- La generación de energía eléctrica que utilice recursos hidráulicos, con potencia instalada mayor de 500 kW.
- La transmisión de energía eléctrica, cuando las instalaciones afecten bienes del Estado y/o requieran la imposición de servidumbre por parte de este.
- La distribución de energía eléctrica con carácter de servicio público de electricidad, cuando la demanda supere los 500 kW.
- La generación de energía eléctrica con recursos energéticos renovables conforme a la Ley de la materia, con potencia instalada mayor de 500 kW (Decreto Ley N.º 25844).

Así, a través de este dispositivo legal, se estableció que las concesiones y autorizaciones sean otorgadas por el Ministerio de Energía y Minas, que instaura para tal efecto un Registro Único de Concesiones Eléctricas a nivel nacional, en el cual se inscriben las concesiones otorgadas y las solicitudes en trámite presentadas ante el Ministerio y los gobiernos regionales, y que las actividades de generación, transmisión y distribución que no requieren de concesión ni autorización pueden ser efectuadas libremente cumpliendo las normas técnicas y disposiciones de conservación del medio ambiente y del patrimonio cultural de la nación (Decreto Ley N.º 25844).

Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico ([LAAOSE], Ley N.º 26876)

Esta Ley establece que, para evitar los actos de concentración que tengan por efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en los mercados de las acti-

vidades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía eléctrica o en los mercados relacionados, las concentraciones de tipo vertical u horizontal que se produzcan se sujetarán a un procedimiento de autorización previa (Ley N.° 26876).

Se entiende por concentración, la realización de los siguientes actos: la fusión; la constitución de una empresa en común; la adquisición directa o indirecta del control sobre otras empresas, a través de la adquisición de acciones, participaciones o a través de cualquier otro contrato o figura jurídica que confiera el control directo o indirecto de una empresa. incluyendo la celebración de contratos de asociación *joint venture* —asociación en participación—, uso o usufructo de acciones y/o participaciones, contratos de gerencia, de gestión, y de sindicación de acciones o cualquier otro contrato de colaboración empresarial similar, análogo y/o parecido y de consecuencias similares.

Asimismo, la adquisición de activos productivos de cualquier empresa que desarrolle actividades en el sector o cualquier otro acto, contrato o figura jurídica incluyendo legados, por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general, que se realice entre competidores, proveedores, clientes, accionistas o cualesquiera otros agentes económicos (Ley N.° 26876).

Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica (Ley N.° 28832)

Esta Ley tuvo como objetivo asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica, perfeccionando las reglas establecidas en la Ley de Concesiones Eléctricas con la finalidad de:

- Asegurar la suficiencia de generación eficiente que reduzca la exposición del sistema eléctrico peruano a la volatilidad de precios y a los riesgos de racionamiento prolongado por falta de energía; asegurando al consumidor final una tarifa eléctrica más competitiva.
- Reducir la intervención administrativa para la determinación de los precios de generación mediante soluciones de mercado.
- Adoptar las medidas necesarias para propiciar la efectiva competencia en el mercado de generación.
- Introducir un mecanismo de compensación entre el SEIN y los sistemas aislados para que los precios en barra de estos últimos incorporen los beneficios del gas natural y reduzcan su exposición a la volatilidad del mercado de combustibles (Ley N.° 28832).

La norma marca las pautas respecto de los contratos entre el generador y el distribuidor, destinadas al servicio público de electricidad, mencionando que, las ventas de electricidad de generador a distribuidor pueden ser: a) mediante contratos sin licitación, donde los precios no podrán ser superiores a los precios en barra, desarrollado en la Ley de Concesiones Eléctricas; y, b) mediante contratos resultantes de licitaciones.

Asimismo, se desarrolló la figura de la licitación como medida preventiva para el abastecimiento oportuno de energía eléctrica, desarrollando los plazos, las bases, el precio, las condiciones y obligaciones de los contratos derivados de un proceso de licitación (Ley N.° 28832).

Respecto del mercado de corto plazo, la norma menciona que la compra y venta de energía en

el mercado de corto plazo se efectúa en función a los costos marginales de corto plazo no-dales. Se menciona que los generadores, distribuidores y grandes usuarios libres, en caso de que fuera necesario, deberán constituir fideicomisos u otras garantías de realización inmediata como respaldo de los retiros de capacidad y energía que efectúen del mercado de corto plazo, de tal manera que se garantice el pago oportuno en dicho mercado (Ley N.º 28832).

Un aspecto importante de la Ley en mención es que desarrolla la naturaleza del Comité de Operación Económica del Sistema (COES) en los siguientes términos:

El COES tiene por finalidad coordinar la operación de corto, mediano y largo plazo del SEIN al mínimo costo, preservando la seguridad del sistema, el mejor aprovechamiento de los recursos energéticos, así como planificar el desarrollo de la transmisión del SEIN y administrar el Mercado de Corto Plazo. El COES es una entidad privada, sin fines de lucro y con personería de Derecho Público. Está conformado por todos los Agentes del SEIN y sus decisiones son de cumplimiento obligatorio por los Agentes (Ley N.º 28832).

Es importante recalcar que esta Ley trajo consigo la definición de generación distribuida e impulsó las medidas para la promoción de la generación distribuida y cogeneración eficientes, y menciona lo siguiente (Ley N.º 28832):

- La venta de sus excedentes no contratados de energía al mercado de corto plazo, asignados a los generadores de mayor transferencia (de compra o negativa) en dicho mercado; y,
- El uso de las redes de distribución pagando únicamente el costo incremental incurrido.

Política Energética Nacional del Perú, 2010-2040 (Decreto Supremo N.º 064-2010-EM)

Con fecha 24 de noviembre de 2010 se aprobó la Política Energética Nacional del Perú para el periodo 2010-2040, tomando como referencia los lineamientos del Plan Estratégico de Desarrollo Nacional - Plan Perú 2021, elaborado por el Centro de Planeamiento Estratégico (Ceplan). En esta política se promueve la eficiencia energética y el desarrollo de las energías renovables a nivel local, regional y nacional (Decreto Supremo N.º 064-2010-EM).

Los objetivos de la política son los siguientes:

- Contar con una matriz energética diversificada, con énfasis en las fuentes renovables y la eficiencia energética.
- Contar con un abastecimiento energético competitivo.
- Acceso universal al suministro energético.
- Contar con la mayor eficiencia en la cadena productiva y de uso de la energía.
- Lograr la autosuficiencia en la producción de energéticos.
- Desarrollar un sector energético con mínimo impacto ambiental y bajas emisiones de carbono en un marco de desarrollo sostenible.
- Desarrollar la industria del gas natural, y su uso en actividades domiciliarias, transporte, comercio e industria, así como la generación eléctrica eficiente.
- Fortalecer la institucionalidad del sector energético.
- Integrarse con los mercados energéticos de la región, que permita el logro de la visión de largo plazo (Decreto Supremo N.º 064-2010-EM).

En su exposición de motivos se menciona que existe una relación muy estrecha entre crecimiento económico y consumo de energía y que la energía, presente en todas las actividades productivas, constituye un indicador del nivel de desarrollo del país (Gobierno del Perú, 2012).

Se menciona, además, que la energía también es responsable de la emisión de gases de efecto invernadero (GEI), que es una de las causas del cambio climático, el cual es de interés a nivel nacional e internacional. Se concluye que la política es necesaria toda vez que se debe afrontar las necesidades futuras de energía y posibilitar el desarrollo sostenible del país (Gobierno del Perú, 2012).

Plan Energético Nacional 2014-2025

El Plan Energético Nacional 2014-2025, documento elaborado por el Ministerio de Energía y Minas (MINEM) con el apoyo de una comisión consultiva, tuvo como finalidad plantear una propuesta de plan para el mediano plazo (hasta el horizonte 2025) y la preparación de una propuesta para institucionalizar el proceso de planeamiento energético en el Perú (Ministerio de Energía y Minas [MINEM], 2014).

En ese sentido, se proyecta el consumo final de energía, la oferta de energía, la infraestructura de transporte y distribución, las medidas de inclusión social energética, el empleo de energías renovables, la eficiencia energética, la integración energética, el cambio climático y el panorama de las inversiones. Sin embargo, no se establecen objetivos claros ni medidas concretas para alcanzarlos a largo plazo (MINEM, 2014).

Decreto Legislativo N.º 1002: Generación de Electricidad con Recursos Energéticos Renovables Alternativos (RER)

El Decreto Legislativo N.º 1002 declaró de interés nacional y de necesidad pública el desarrollo de nueva generación eléctrica mediante el uso de recursos energéticos renovables, tales como energía eólica, solar, bioenergía, mareomotriz y geotermia e introdujo incentivos para promover la inversión en generación eléctrica a partir de estos recursos.

Se estableció un costo marginal de cero para las centrales RER, por lo tanto tendrían prioridad en el despacho. Además, se ha establecido un esquema de devolución de impuestos en los proyectos de RER, en el cual se realiza un mecanismo de depreciación acelerada de hasta el 20 % de los gastos de inversión en maquinaria, equipos y obras de construcción civil que influye en la determinación de la base imponible para efectos tributarios. El régimen de depreciación acelerada regulado por el Decreto Legislativo N.º 1058 es un beneficio tributario que es de aplicación **únicamente respecto de las maquinarias, equipos y obras civiles adquiridos y/o construidos para la instalación y operación de centrales de generación de energía eléctrica a base de recursos hídricos u otros recursos renovables.**

En ese sentido, el régimen de depreciación acelerada, regulado por el Decreto Legislativo N.º 1058, no es de aplicación a todos los sujetos que se dediquen a la actividad de generación eléctrica con recursos hídricos u otros recursos renovables, sino *sólo a aquellos que inviertan en la construcción de nuevas centrales de generación eléctrica que entren en operación comercial a partir de la entrada en vigencia de dicho Decreto Legislativo y únicamente respecto de las ma-*

quinarias, equipos y obras civiles adquiridos y/o construidos a partir de la misma fecha para la instalación y operación de tales centrales de generación eléctrica.

Cabe tener en cuenta también que no sería un propósito de la norma beneficiar con el otorgamiento del beneficio tributario en cuestión a aquellos que se dedican a la actividad de generación eléctrica que compran una central de generación eléctrica a base de recursos hídricos u otros recursos renovables que ya se encuentran en operación.

En cuanto a los impuestos al consumo, un beneficio relevante para el sector está dado por la posibilidad de acceder al régimen de recuperación anticipada del impuesto general a las ventas (IGV), bajo el cual el Estado restituye a los inversionistas el IGV de las compras locales e importaciones efectuadas durante la etapa preoperativa, es decir antes del inicio de la explotación comercial del proyecto. A tal efecto, el proyecto de generación debe tener un periodo preoperativo de, por lo menos, dos años, y la empresa debe comprometerse a invertir al menos cinco millones de dólares en bienes de capital, servicios, contratos de construcción e importaciones asociadas al proyecto, pues dota de liquidez al negocio, al acceder el inversionista a la restitución del IGV de sus compras sin tener que esperar a que el proyecto empiece a generar ingresos afectos con este tributo.

Adicionalmente, este DL abrió puertas a las subastas RER organizadas por el MINEM, las cuales permitieron incrementar la participación de tecnologías renovables en la matriz energética peruana a un precio fijo, garantizado por el Estado. De ese modo, los titulares de las instalaciones que resultaron adjudicados en las subastas por tecnología RER debían vender, total o parcialmente, la producción de

energía eléctrica en el mercado de corto plazo, al precio que resulte en dicho mercado, complementado con la prima fijada por el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin), en caso de que el costo marginal resultara menor que la tarifa determinada por el ente regulador (Decreto Legislativo N.º 1002).

Los ingresos de los generadores RER se encuentran garantizados por los ingresos marginales (venta de energía a costos marginales del COES) que son complementados por los ingresos por prima (sobrecargos en la tarifa al usuario final), donde los ingresos garantizados han sido cubiertos mes a mes por los ingresos del mercado y por los ingresos que pagan los usuarios. Según entrevista a Riquel Mitma¹, si bien desde el año 2008, mediante el Decreto Legislativo N.º 1002, marco regulatorio especial para promocionar las energías renovables no convencionales, el país ha obtenido resultados muy importantes porque las subastas de energías renovables han permitido lograr visibilidad del Perú a nivel mundial en cuanto a la promoción de las energías renovables.

Al no existir un plan de desarrollo de las energías renovables, no obstante, el mandato legal del Decreto Legislativo N.º 1002, no es posible mitigar la incertidumbre existente sobre la continuidad en el desarrollo de las diferentes tecnologías renovables adjudicadas en las subastas. El mismo Decreto Legislativo N.º 1002 establece expresamente la obligación de aprobar un plan nacional de energías renovables, a la fecha esto no se ha cumplido. Sí se

1 Profesor de Postgrado de la Universidad de ESAN. Ingeniero Electricista de la Universidad Nacional de Ingeniería (Perú); Magíster en Finanzas de la Universidad del Pacífico (Perú); Máster en Economía y Regulación de los Servicios Públicos de la Universidad de Barcelona (España).

han desarrollado cuatro subastas, con un resultado exitoso, tanto por el nivel de participación como por la reducción de los costos. Este proceso ha quedado congelado en el tiempo, el Ministerio no ha vuelto a hacer convocatorias, perdiéndose así la oportunidad de avanzar con la mayor participación de las energías renovables no convencionales.

En el Perú se dio un gran avance con la aprobación del Decreto Legislativo N.º 1002, en mayo de 2008, el marco promotor de las energías renovables no convencionales más completo de la región. A decir de la Agencia Internacional de Energía Renovable (IRENA, por sus siglas en inglés), «En América Latina se han identificado diseños de políticas innovadoras, en particular los que combinan las subastas con otros mecanismos de regulación» (2015, p.). Sin embargo, estamos avanzando muy lentamente; otros países de la región nos han superado, sin tener necesariamente un marco tan promotor. Según sostiene la Agencia Internacional de Energía (AIE), en el 2050 la energía más importante será la energía solar. Se necesita decisión política y mejor gerencia del país, visión de lo que cuesta o costará no tomar determinadas decisiones. El Perú puede lograr una matriz desconcentrada, más diversa y competitiva, y con menor huella de carbono. Hagamos el cambio, busquemos la resiliencia. Las siguientes generaciones lo esperan de nosotros.

A lo anterior cabe añadir que en el Marco del Acuerdo de París, suscrito en el 2015 y luego ratificado por el Perú en el 2016, el país se comprometió a realizar toda acción necesaria para reducir la emisión de gases de efecto invernadero (GEI), para así coadyuvar al compromiso mundial de los 195 países firmantes frente al cambio climático: de hacer todo lo posible para que la temperatura global no suba

por encima de 1,5 °C. Sin embargo, a pesar de que existen las disposiciones internas y los acuerdos internacionales y que los recursos energéticos renovables (RER) constituyen una fuente de generación eléctrica limpia, es decir, sin emisiones de GEI, y que el Perú cuenta con importantes recursos como la energía solar, eólica, biomasa, geotérmica, hidráulica, y mareomotriz, aún no se logra incorporarlas al Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN) como fuentes generación con importantes aportes, debido a que existen restricciones y barreras que impiden la participación activa de los RER en la generación eléctrica.

BARRERAS A LAS RENOVABLES ALTERNATIVAS

Específicamente en el caso del sector eléctrico, se pueden mencionar limitantes para el desarrollo de proyectos de energías renovables no convencionales. El primer gran problema en el sector eléctrico es la falta de una planificación estratégica con metas claras y el segundo problema es la fuerte presencia de lobbies. Hasta el momento no se ha logrado concretar una política energética a largo plazo en la que participen los diferentes actores y se establezcan objetivos y responsabilidades para alcanzarlos. En ese sentido, no se define una meta específica para la inserción de las energías renovables dentro de la matriz eléctrica que sea sustentable técnica, económica y ambientalmente y además consensuada por los diferentes actores. A esto se suman los tradicionales lobbies, que resisten el cambio.

Si bien, los precios de las tecnologías renovables, como la tecnología solar fotovoltaica y eólica, han disminuido enormemente a nivel mundial, los precios del mercado *spot* del

sector eléctrico peruano no son competitivos, en el 2008 se contaba con un precio de 88.21 US\$/MW.h, siendo que el precio del mercado spot ha disminuido paulatinamente hasta 8.91 US\$/MW.h en el 2019.

Esta distorsión en el mercado *spot* se origina en la ausencia de una declaración de costos reales por parte de las generadoras térmicas a gas natural. Esto provoca distorsiones. Los 7 millones y medio de clientes regulados terminan pagando en el recibo de luz el doble por el rubro generación, a diferencia de 2500 clientes libres. Esta situación ha comenzado a ser corregida recientemente por el Osinergmin para desarrollar una libre competencia en el mercado eléctrico. Además, se ha relanzado el mercado secundario, que busca flexibilizar la obligación de mantener una capacidad de transporte contratada en el gasoducto. Esto es relevante para que las generadoras térmicas puedan obtener ingresos por la capacidad contratada que no usan.

De otro lado, hay barreras como la definición reglamentaria de potencia en el Perú y la falta de regulación del despacho por bloque horario que sigue cerrando el camino a la energía solar para poder atender al mercado libre o de grandes consumidores de energía. Sólo pueden atender al sistema regulado, por medio de licitaciones o subastas.

En el caso específico de tecnologías renovables, como la eólica y solar fotovoltaica, no obstante, la disminución considerable de sus precios a nivel mundial, desde el 2013 no se han efectuado nuevas subastas en el país y se espera que estas tecnologías ingresen al mercado de los clientes libres, hoy sólo tienen presencia en el mercado regulado.

Por otro lado, tecnologías que tienen altos costos de inversión y que aún no se han desarrolla-

do en el Perú, como las centrales geotérmicas o centrales de biomasa de gasificación sintética, pirólisis o de combustión, requieren de mecanismos económicos adicionales, que permitan su implementación y hasta el momento el Gobierno no los ha establecido. Se puede avanzar con proyectos piloto vinculados al manejo sostenible de residuos y aprovechamiento del recurso geotermal, que no provoquen incidencia relevante en las tarifas eléctricas.

En cuanto a las limitaciones ambientales y sociales, el desarrollo de nuevos proyectos en el Perú actualmente conlleva un mayor riesgo por la obtención de permisos ambientales y licencia social en sus lugares de emplazamiento. De acuerdo con la Defensoría del Pueblo, de los 232 conflictos registrados en el 2018, el 62,1 % (144 casos) fueron de índole socioambiental (Defensoría del Pueblo, 2018). Esto denota un gran esfuerzo para los inversionistas, quienes muchas veces ven aplazados sus proyectos hasta la obtención de todos los permisos necesarios. Aunque las energías renovables gozan de mayor licencia social.

Afortunadamente, el sector eléctrico no ha tenido tantos conflictos sociales como el sector minero o petrolero; sin embargo, algunos proyectos de centrales hidroeléctricas sí los han reportado, sobre todo por la percepción que tiene la población acerca de los incumplimientos ambientales de centrales que se desarrollaron antes de la entrada en vigor de la Ley N.º 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 019-2009-MINAM.

En cuanto a las limitaciones técnicas de las centrales renovables, estas varían en función de la tecnología. En el caso de las centrales hidroeléctricas de pasada, su principal limitante

es el tiempo de construcción, que en promedio para centrales hidroeléctricas mayores a 20 MW en el Perú es de 5.6 años (Wong, 2019). Estos mayores plazos implican mayores gastos financieros durante la etapa de construcción de una central hidroeléctrica, que tendría ingresos recién al sexto año en comparación con otra tecnología. Además, estas centrales se ven limitadas por la estacionalidad del recurso e intensificación de fenómenos naturales producto del cambio climático.

En el caso de las centrales eólicas y solares fotovoltaicas, estas tienen la ventaja de contar con un menor tiempo de construcción, que en el Perú ha sido de 3 a 4 años para el caso de las eólicas y de 2.5 años para el caso de las solares fotovoltaicas. Esto se debe a que en realidad estas centrales no tienen etapas intensivas de construcción de infraestructura, pues los equipos se adquieren listos para la instalación. Además, los costos no tienden a subir, sino más bien a bajar de forma significativa, por las eficiencias en el desarrollo de su tecnología y economía de escala (Wong, 2019).

Las centrales eólicas y solares fotovoltaicas han demostrado ser bastante regulares a lo largo del año, alcanzando factores de planta muy competitivos a nivel mundial, siendo el promedio del factor de planta de las centrales eólicas entre 20 % y 60 % y el de las centrales fotovoltaicas 20 %. Por ello, COES ha fijado como temporal límite técnico al 2021 la participación en el sistema interconectado, de 20 %, de las tecnologías solar fotovoltaica y eólica. Esto es más de cuatro veces más la actual participación.

En el caso de las centrales geotérmicas, su principal limitante es el riesgo de la etapa de exploración subterránea, con un cálculo estimado promedio de costos de inversión de casi USD 4 millones por cada MW. Además, los tiempos de construc-

ción de centrales geotérmicas oscilan entre 5 y 10 años en promedio, lo que retarda el retorno de la inversión (Gehring y Loksha, 2012).

En el caso de las centrales de biomasa, las que se encuentran instaladas actualmente han tenido un tiempo de construcción promedio de 2.8 años (Wong, 2019), lo cual las hace atractivas; sin embargo, presentan riesgos sobre la disponibilidad del recurso de biomasa para garantizar el suministro eléctrico.

Por último, el modelo de subastas de largo plazo con RER —hasta 20 años— debe ser revisado, las tecnologías varían sus costos año a año, esto debe ser recogido en la fórmula de retribución de las licitaciones. Además, debe considerarse abrir concursos de corto y mediano plazo para atender las necesidades del mercado. Además, el mercado ha crecido y los llamados PPA (*power purchase agreement*) los puede organizar el sector privado, como es en Chile. Este sería un signo de crecimiento y madurez del mercado eléctrico. En el caso de los sistemas aislados, es importante la regulación de microrredes y usar diversas tecnologías renovables, además de la construcción de capacidades locales en cada pequeño centro poblado, con énfasis en el liderazgo de la mujer madre, para ganar sostenibilidad y evitar sobre costos de operación, mantenimiento y cobranza a la distribuidora de la capital de la región. Esto ayuda a la sostenibilidad de los sistemas.

INTENTOS RECIENTES

Como retos para el desarrollo de las energías renovables en el Perú, se pueden mencionar algunos criterios relevantes que han sido recogidos en gran parte por el Proyecto de Ley 6953 del Congreso de la República, presentado al Congreso Transitorio, por iniciativa de Alberto de Be-

laúnde, en su rol de presidente de la Comisión de Cambio Climático, con el apoyo de cuatro grupos políticos. Estos aspectos relevantes son los siguientes:

- Se debe cambiar el concepto de potencia que es una barrera para las energías renovables alternativas y permitir el despacho por bloque horario. El Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería, de acuerdo con sus competencias y funciones, elabora y diseña las bases de las subastas del mercado regulado eléctrico, definiendo bloques horarios, con la finalidad de permitir la participación de nuevos proyectos de generación con RER, con el propósito de reducir el costo de la energía eléctrica domiciliaria, de acuerdo a los plazos establecidos en la Ley N.º 28832, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica.
- Todos los generadores deben declarar sus costos reales y debe aplicarse la libre competencia, eficiencia y transparencia en el mercado eléctrico.
- Es una tarea pendiente la implementación de una política energética de Estado que involucre el planeamiento estratégico y la participación de los diferentes actores, el Estado, la academia y la sociedad civil, con objetivos, metas en energías renovables, acciones y responsabilidades a cumplir hacia el 2030 y 2050, en línea con nuestros compromisos ambientales internacionales. En tal sentido planteo la creación de una entidad planificadora en materia energética que permita ir actualizando y monitoreando los avances en el cumplimiento de la Política Energética Nacional. Esta entidad planificadora debe tener autonomía, capacidad de decisión y recursos económicos para cumplir con las metas trazadas independientemente de los gobiernos o autoridades de turno, así como para exigir el cumplimiento de las medidas a las diferentes instituciones.
- Se debería incrementar el porcentaje de participación de las tecnologías renovables alternativas en el sistema eléctrico interconectado nacional, en base a los compromisos internacionales para hacer realidad un crecimiento sustentable con menores emisiones.
- Se debe mantener y ampliar los mecanismos de promoción para permitir el desarrollo de tecnologías renovables como la energía solar fotovoltaica, eólica, geotérmica, solar térmica y biomasa. Esto incluye la generación distribuida.
- Se debe lograr la identificación y registro digital de la cantidad total de familias a nivel nacional sin acceso a electricidad, calefacción y tecnologías limpias para cocinar, estudiando sus reales necesidades energéticas y las mejores formas de provisión de energía. Es importante que este estudio refleje la realidad social y cultural de la población y las vincule con las mejores soluciones tecnológicas a un precio accesible.
- Se debe promover el conocimiento y la innovación en el uso de energías limpias con el apoyo de la academia, generando fuentes de información accesibles a todos los ciudadanos.
- Es una tarea pendiente o truncada el incentivar la inversión en Recursos Energéticos Renovables (RER) en el mercado eléctrico peruano, con la finalidad de promover empleo, descentralización económica, reducir la brecha de acceso a la energía, promover la seguridad energética, reducir la contaminación del aire y cumplir con los com-

promisos internacionales de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero asumidos en el Acuerdo de París.

- El Ministerio de Energía y Minas debería establecer y ajustar cada cierto tiempo un porcentaje objetivo creciente que permita la participación la electricidad generada a partir de RER en el consumo nacional de electricidad. En el mencionado porcentaje no se debe considerar la generación de energía hidráulica. Tal porcentaje objetivo no debe ser menor a veinte por ciento (20 %) al 2030.
- Las centrales de generación de electricidad a base de RER de fuente solar y fuente eólica deberían contar con una potencia firme reconocida y remunerada equivalente a la potencia media anual inyectada en la subestación de despacho al sistema eléctrico interconectado nacional. Para las RER de fuente solar, la potencia media sería el menor valor de los últimos años de operación. Para las centrales de electricidad de fuente eólica la potencia media sería la de las horas punta del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN).
- Las subastas del mercado regulado deberían incluir a las energías renovables y ser convocadas atendiendo la demanda proyectada con anticipación, así como, los contratos a vencer en el mencionado plazo. Estas subastas no necesariamente son de largo plazo. Puede haber de corto y mediano plazo.
- El Ministerio de Energía y Minas debería evaluar que se promueva la instalación de plantas de producción de hidrógeno verde, utilizando como fuente energética a la electricidad generada a partir de RER como un mecanismo eficiente para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero de la matriz energética peruana provenientes del transporte, industria y agricultura. El Ministerio de Energía y Minas debería formular el Plan Nacional de Desarrollo del Hidrógeno Verde; establecer metas y políticas de largo plazo para fomentar la confianza de potenciales inversionistas; estimular la demanda comercial del hidrógeno, a través de múltiples usos y aplicaciones; ayudar a mitigar los riesgos, tales como la complejidad de la cadena de valor y riesgos en seguridad; promover la investigación y el desarrollo, así como el intercambio de conocimientos, y armonizar estándares y eliminar barreras.
- El Ministerio de Energía y Minas debería desarrollar un piloto de subasta para la inclusión de la generación geotérmica en el mercado, como fuente de energía constante e ininterrumpida de origen renovable que permita la descentralización de la producción de energía en el país. La inclusión de la tecnología geotérmica en la siguiente subasta RER conforme a la cuarta disposición complementaria final de la presente Ley. Esta iniciativa no debe superar los 90 MW para evitar la afectación mayor de la tarifa eléctrica en los ciudadanos.
- Se recomienda crear el canon para la explotación de los recursos energéticos renovables que se compone del 50 % (cincuenta por ciento) del total de los ingresos y rentas pagado por los concesionarios que utilicen el recurso eólico, solar, geotérmico, biomasa y mareomotriz para la generación de energía, de conformidad con lo establecido por el Decreto Ley N.º 25844, Ley de Concesiones Eléctricas.

Lamentablemente esta propuesta de Ley no fue respaldada en la Comisión de Energía y Minas del Congreso Transitorio que termina en julio del 2021. Hay otra iniciativa que tuvo mejor suerte en la Comisión de Medio Ambiente y Pueblos indígenas. Esta propuesta normativa obliga al Ministerio de Energía y Minas, en coordinación con el MINAM, a actuar bajo responsabilidad y en un plazo no mayor de 180 días, planificar e incrementar el porcentaje de participación de las energías renovables alternativas. El Ministerio de Energía y Minas, en coordinación con el Ministerio del Ambiente, debe convocar y dirigir un proceso de planificación estratégica de la transición ecológica, de carácter transversal, participativo y con un horizonte de mediano y largo plazo (2030, 2040 y 2050); con el objetivo de establecer metas de descarbonización energética, como el aumento de la participación de las energías renovables no convencionales, garantizando un sistema energético que satisfaga la demanda nacional de energía de manera regular, continua y eficiente, en la que se promueve el desarrollo sostenible. Ya conoceremos el resultado de esta propuesta legislativa, hay que estar atentos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALMONACID, G. Riesgos del sistema energético actual. En Conferencia Inaugural del Curso 1995-1996. Instituto de Estudios Giennenses. Disponible en: http://www.ujaen.es/investigacion/solar/07cursosolar/home_main_frame/08_lecciones/01_leccion/www/riesgos_del_sistema_energetico_a.htm.
- BRITANNICA ACADEMIC. Enciclopedia Británica. [en línea]. Disponible en: academic.eb.com/levels/collegiate/article/energy-conversion/106034.
- BRITANNICA ACADEMIC. Enciclopedia Británica [en línea]. Disponible en: academic.eb.com/levels/collegiate/article/energy/32627
- CALAMATEO, D. y ZHOU, D. A pre-feasibility study of a small-scale concentrating solar power plant for an industrial application in Sacramento, California. *Proceedings of the 2nd International Conference on Fluid Flow, Heat and Mass Transfer*, State University, 2015.
- COMITÉ DE OPERACIÓN ECONÓMICA DEL SISTEMA INTERCONECTADO NACIONAL (COES SINAC).. *Informe mensual de operación*. Lima: Comité de Operación Económica del Sistema, 2020a.
- COMITÉ DE OPERACIÓN ECONÓMICA DEL SISTEMA INTERCONECTADO NACIONAL (COES SINAC). *Informe de la operación anual del SEIN 2019*. Lima, COES, 2020b.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto Supremo N.º 064-2010-EM [Política Energética Nacional del Perú, 2010-2040]. Lima: *Diario El Peruano*, 2010.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto Legislativo N.º 1002, Decreto Legislativo de promoción de la inversión para la generación de electricidad con el uso de energías renovables, Lima: *Diario El Peruano*, 2008.
- CRUZ, V. y VARGAS, V. Geothermal country update for Peru, 2015-2020. En: *Proceedings World Geothermal Congress 2020*, Reykjavik, Iceland, 2019.
- DAMMERT, A. Las reformas en el mercado de generación eléctrica en el Perú. [Entrada en blog]. Blog de la Maestría en Regulación de los Servicios Públicos. Lima, 1 de febrero 2018. Recuperado de shorturl.at/swO68
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Vigésimo Segundo Informe Anual 2018. Lima: Defensoría del Pueblo, 2018.
- DEUTSCHE GESELLSCHAFT FÜR INTERNATIONALE ZUSAMMENARBEIT (GIZ. Waste-to-energy options in municipal solid waste management.) GmbH, Bonn and Eschborn, Germany, 2017.
- DIPIPO, R. *Geothermal power plants. principles, applications, case studies and environmental impact*. 4.ª ed. Butterworth-Heinemann, 2015.
- ELLIOT, P. *Visión política y estado actual de las energías renovables en el Perú*. Lima, 2019.
- EMISSIONS, G. *Comparison of lifecycle greenhouse gas emissions of various electricity generation sources*. London: 2011.

- FEDERAL MINISTRY FOR THE ENVIRONMENT, NATURE CONSERVATION AND NUCLEAR SAFETY. *Sustainable energy production from biomass waste in Peru. NAMA Proposal*. German Bundestag, 2015.
- FRIDRIKSSON, T.; MATEOS, A.; AUDINET, P.; ORUCU, Y. *Greenhouse gases from geothermal power production*. Energy Sector Management Assistance Program (ESMAP) Technical Report 09/16. Washington, D. C.: World Bank, 2016. Disponible en: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/24691>
- GEHRINGER, M. y LOKSHA, V. *Manual de geotermia: Cómo planificar y financiar la generación de electricidad*. ESMAP Technical Report 002/12. World Bank, Washington, D. C. 2012. Disponible en: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/23712>
- GOBIERNO DEL PERÚ. Exposición de motivos de la Política Energética Nacional 2010- 2040, Lima: Diario *El Peruano*, 2012.
- GOBIERNO DEL PERÚ. *Informe final del grupo de trabajo multisectorial de naturaleza temporal encargado de generar información técnica para orientar la implementación de las contribuciones nacionalmente determinadas (GTM-NDC)*. Lima: Gobierno del Perú, 2018.
- GOBIERNO DEL PERÚ. Plataforma digital única del Estado peruano [en línea]. Disponible en: <https://www.gob.pe/>.
- GREEN ENERGY. *Estudio para la promoción de la generación eléctrica con fuentes de energía renovable*. Lima: Ministerio de Energía y Minas, Dirección General de Electricidad, 2005.
- INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. *Renewable Energy Sources and Climate Change Mitigation. Summary for Policymakers and Technical Summary*. New York: Cambridge University Press, 2011.
- INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT. *State of electricity access report 2017*. Washington D.C.: The World Bank, 2017, 110 pp.
- INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *Global CO2 emissions in 2019*. International Energy Agency, 2020.
- INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION. *Success of geothermal wells: A global study*. World Bank Group, 2013.
- INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION. *Converting biomass to energy. A guide for developers and investors*. Washington D.C., 2017. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10986/28305>
- INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY. *Global land outlook working paper*. IRENA, 2017.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA (INEI). *Censos Nacionales 2017: XII de Población, VII de Vivienda y III de Comunidades Indígenas*. Lima, 2017. Disponible en: <http://censos2017.inei.gob.pe/redatam/>
- JAGANMOHAN, M. *Global LCOE of hydropower energy 2010-2019*. Disponible en: <https://www.statista.com/statistics/799349/lcoe-of-hydropower-worldwide/>
- LAZARD. Lazard's levelized cost of energy analysis v13.0. 2019.
- MATEK, B. *Geothermal energy association issue brief: firm and flexible power services available from geothermal facilities*. Washington D. C.: Geothermal Energy Association, 2015.
- MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS (MINEM). *Plan Energético Nacional 2014-2025*. Lima: Ministerio de Energía y Minas, 2014.
- MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS (MINEM). Perú, subsector eléctrico. *Documento promotor 2012*. Lima: Ministerio de Energía y Minas, 2012.
- MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS (MINEM). Portal del Ministerio de Energía y Minas. Disponible en: <http://www.minem.gob.pe/>.
- MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS (MINEM). *Atlas eólico del Perú*. Lima: Ministerio de Energía y Minas, 2016.
- MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS (MINEM). *Atlas del potencial hidroeléctrico del Perú*. Lima, Ministerio de Energía y Minas, 2011.
- MINISTERIO DEL AMBIENTE. *Sistema Nacional de Información Ambiental 2020*. [En línea]. Disponible en: <https://sinia.minam.gob.pe/indicador/1600>
- NACIONES UNIDAS. Objetivo 7: Garantizar el acceso a una energía asequible, segura, sostenible y moderna. Disponible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/energy/>

- ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA (Osinergmin). *La industria de la electricidad en el Perú: 25 años de aportes al crecimiento económico del país*. Lima: Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería, 2016, pp. 176.
- PANEL INTERGUBERNAMENTAL SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO (IPCC). *Informe especial. Calentamiento Global de 1.5°C*. IPCC, 2018.
- PLANAS, O. «Energía solar». [Consulta en línea, 29 mayo 2020]. Recuperado de <https://solar-energia.net/energia-solar-termica/central-solar-termica>.
- ¿Qué es la energía eólica y cómo funciona? Recuperado de: <https://www.enel.pe/es/sostenibilidad/que-es-la-energia-eolica-y-como-funciona.html>
- ¿Qué es la energía solar fotovoltaica y cómo funciona? Recuperado de: shorturl.at/inKRS
- REN 21. *Renewables 2020 Global Status Report*. 2020.
- ROLDÁN, M. *Concentrating solar thermal technologies: Analysis and optimisation by CFD modelling*. Springer, 2017.
- SECRETARÍA DE ENERGÍA-REPÚBLICA ARGENTINA. *Centrales eléctricas*. 2012. Recuperado de: shorturl.at/qEY37
- SERVICIO NACIONAL DE CERTIFICACIÓN AMBIENTAL PARA LAS INVERSIONES SOSTENIBLES (SENACE). *Manual de evaluación del estudio de impacto ambiental detallado (EIA-d) para el subsector electricidad*. Lima: Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles, 2016.
- SOVACOOOL, B. K.; NUGENT, D. y Gilbert, A. «Construction cost overruns and electricity infrastructure: An unavoidable risk? *The Electricity Journal*, vol. 27, n.º 4, pp. 112-120, 2014.
- THE WORLD BANK, ESMAP Y SOLARGIS. *Solar resource maps of Peru*. The World Bank, 2019 [en línea]. Recuperado de: <https://solargis.com/maps-and-gis-data/download/peru>.
- VARGAS, V. y CRUZ, V. *Geothermal map of Peru*. Lima, Instituto Geológico Minero y Metalúrgico, 2010.
- VÁSQUEZ, A.; TAMAYO, J. y JULIO SALVADOR (editores). *La industria de la energía renovable en el Perú: 10 años de contribuciones a la mitigación del cambio climático*. Lima-Perú: Osinergmin, 2017.
- WONG, L. *Evaluación de tecnologías para suplir la demanda de generación eléctrica en el Perú al 2022*. Lima: Universidad de Ingeniería y Tecnología, 2019. Recuperado de: <https://repositorio.utec.edu.pe/handle/20.500.12815/123>

EL SISTEMA DE INVERSIÓN PÚBLICA (INVIERTE.PE) Y LOS DESAFÍOS QUE ENFRENTA PARA MEJORAR LA EJECUCIÓN DE LA INVERSIÓN PÚBLICA: ¿UN ERROR DE DIAGNÓSTICO?

Alfonso Jesús Garcés Manyari*

Resumen

La inversión pública en el Perú, en el último quinquenio, ha venido reportando los niveles más bajos de ejecución de inversión de, por lo menos, los últimos quince años, a pesar de haberse modificado el sistema de inversión pública (Invierte.pe, que reemplazó al SNIP), luego del anuncio del nuevo esquema. Entonces, ¿qué pasó? ¿Por qué, si se eliminó el SNIP por el Invierte.pe, no se tradujo ese cambio en una mejora de la inversión pública? ¿Fue un error de diagnóstico? En el presente trabajo, buscamos encontrar una respuesta que trate de explicar los bajos niveles de ejecución de la inversión pública que se viene reportando en los tres niveles de gobierno, así como algunas propuestas de mejora.

INTRODUCCIÓN

La pandemia de la COVID-19 ha traído consigo, además de una crisis sanitaria sin precedentes en el Perú, una crisis económica y financiera, similares a las que nos dejó la guerra con Chile. Ha arrasado con todo lo que se ha cruzado por su paso, lo que implica que el Estado deba implementar una política contracíclica, haciendo más expansivo el gasto público, a través de un shock de inversiones. Sin embargo, si uno revisa los magros resultados de la ejecución presupuestal vistos luego de la “reforma” del sistema de inversión pública implementada a partir del 2017, se aprecia una caída sostenida de esta que haría poco viable ese shock de inversiones.

* Profesor de la Maestría de Gestión Pública de la Universidad San Ignacio de Loyola y de la Maestría en Derecho Administrativo Económico de la Universidad Continental. Socio de Guzmán Napurí & Segura Abogados. Ha sido jefe de Gabinete de Asesores del MEF y viceministro de Justicia. Es Máster en Economía, Regulación y competencia en los Servicios Públicos por la Universidad de Barcelona y un Postgrado en Compliance por la Universidad Pompeu Fabra y por la Universidad Carlos III de Madrid

Así, si uno revisa las cifras oficiales, a través de la consulta amigable del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) (Gráfico 1), puede advertir que la ejecución promedio de la inversión pública, por todo nivel de gobierno, en el período 2017-2020 asciende a 64,7 %; mientras que en el período 2012-2015, la ejecución promedio fue de 74,3 %, es decir, luego de aprobarse el nuevo sistema de inversión pública, el Perú cayó casi 10pp.

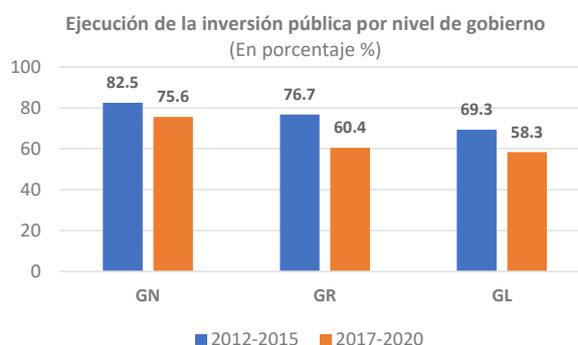
Gráfico 1



Fuente: Consulta amigable MEF
Elaboración propia

Si analizamos la ejecución por nivel de gobierno, encontramos que en el período 2012-2015, el gobierno nacional tuvo una ejecución promedio de 82,5 %, mientras que en el período 2017-2020 apenas llegó al 75,6 %, es decir, cayó la ejecución en 5 %. En el caso de los gobiernos regionales, la situación es más dramática. Por ejemplo, en el período 2012-2015, estos alcanzaron un promedio de 76,7 %, mientras que en el período 2017-2020, solo ejecutaron 60,4 %, es decir, retrocedió en más de 15pp. En el caso de los gobiernos locales, se registró una caída superior al 10 %. Pasando de un 69,3 % en el 2012-2015 a un 58,3 % en el período 2017-2020, tal como se observa en el Gráfico 2.

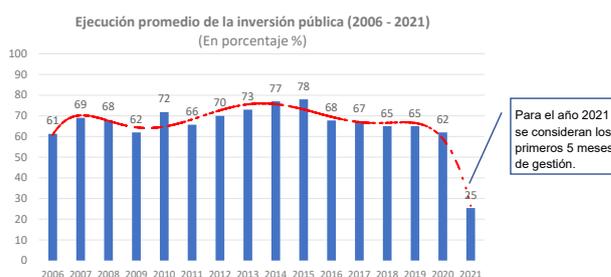
Gráfico 2



Fuente: Consulta amigable MEF
Elaboración propia

Si observamos el nivel de ejecución promedio de la inversión pública, por todo nivel de gobierno, de los últimos quince años, apreciamos que uno de los picos más bajo ha sido durante la vigencia del *invierte.pe* (año 2017 hasta la actualidad), siendo el pico de mayor ejecución el año 2015. Asimismo, la tendencia de ejecución promedio de la inversión pública del periodo analizado tiene un comportamiento polinómico de grado 6, conforme el Gráfico 3.

Gráfico 3

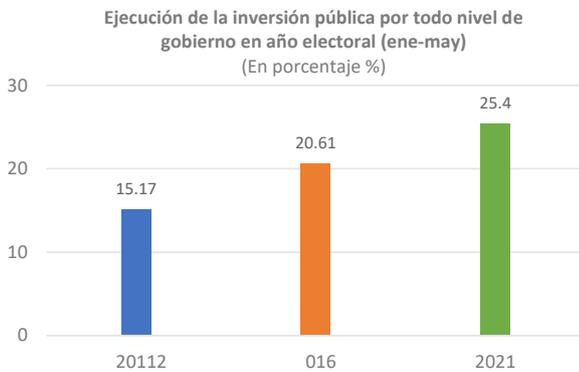


Fuente: Consulta amigable MEF
Elaboración propia

Si comparamos el nivel de ejecución de la inversión pública de los primeros cinco meses de los años electorales, tendremos que en el 2021, dada la alta necesidad de infraestructura y de proyectos de inversión necesarios para enfrentar la pandemia originada por la COVID-19,

tuvo el mejor desempeño en el mismo período, tal como se advierte en el Gráfico 4.

Gráfico 4



Fuente: Consulta amigable MEF
Elaboración propia

Entonces ¿cómo se puede aplicar una política contracíclica efectiva y orientada a generar un fuerte shock de empleo, a través de un mayor gasto en inversión pública a nivel nacional, si a pesar del reemplazo del SNIP con el *invierte*.pe partir del año 2017, ha venido cayendo de manera sostenida los niveles de ejecución de inversión? Intentaremos responder dicha interrogante a lo largo del presente artículo. Veremos si se trata de un problema de diagnóstico que llevó al país a un desplome sostenido de la ejecución de la inversión pública en los últimos cuatro años, comparativamente con un crecimiento sostenido de la ejecución de la inversión en el periodo 2012 al 2015.

1. LA FALACIA DEL SISTEMA DE INVERSIÓN PÚBLICA COMO PRINCIPAL PROBLEMA DE LA SUBEJECUCIÓN DE INVERSIONES

Como ya hemos señalado, la inversión pública pasa por su peor momento, contribuida en parte por una evaluación parcial de la problemática, que se vio agudizada con la pandemia

provocada por la COVID-19, y que conspiró para tener como resultado una reforma del sistema de inversión pública que a, la luz de los resultados, no ha cumplido con los objetivos trazados inicialmente. En ese sentido, podemos afirmar, sin a partir de los datos analizados, que la inversión pública en el Perú se encuentra en cuidados intensivos.

Por ello, se requiere dar una mirada integral a la problemática, reevaluar cada una de sus causas, rediagnosticar, y aplicar remedios efectivos. ¿Y cómo lo hacemos? Primero entendiendo por qué fracasó la supuesta reforma del sistema de inversión pública. En nuestra opinión se debe a una visión y dimensionamiento limitado del problema. Es decir, que los *policy makers* concibieron el problema únicamente al interior del sistema, sin considerar el carácter integral, transversal e intersistémico que tiene con otros, tales como los sistemas de planificación, presupuesto, tesorería, endeudamiento, contratación pública, recursos humanos y control gubernamental.

En otras palabras, pretender una mejora del sistema de inversión pública creyendo que el problema radica únicamente en las normas, procedimientos, directivas, entre otros que emite el órgano rector de dicho sistema, supone caer en un razonamiento falaz que podría explicarse por el conocimiento que se tiene de la cosa pública, lo que trae como consecuencia —como en efecto ha ocurrido— un deterioro sostenido de la inversión pública en el país en los últimos cinco años.

En efecto, para que un proyecto de inversión pública pueda ejecutarse debe seguir pasos tanto al interior del sistema de inversión pública como fuera de él. De hecho, se inicia fuera de él cuando el Estado, luego de una evaluación de brechas de infraestructura o de servicios pú-

blicos, establece los proyectos de inversión que requiere realizar en un período determinado. Es decir, se inicia (o debería iniciar) con el sistema de planificación. Luego, recién debe pasar por el sistema de inversión pública, iniciando la etapa de preinversión. En esta fase, sí se requieren ajustes importantes con la finalidad de fortalecer la optimización y dinamizar la elaboración de los proyectos. Así, sería deseable que se estandarización de los estudios de preinversión, sobre todo, en aquellos proyectos que son recurrentes, como los colegios, los establecimientos de salud en todos sus niveles (I, II y III), comisarías, pistas y veredas, entre otros.

En otras palabras, si bien el *invierte.pe* trajo consigo la creación de fichas técnicas para proyectos estándar, los cuales traen consigo datos pre cargados para las principales variables para el dimensionamiento y costos de un proyecto, en la realidad no han alcanzado el objetivo propuesto, por lo que deberían revisarse las fichas estandarizadas, con mayor énfasis en proyectos que reúnen características tales como: (i) alcance nacional, (ii) rápido impacto, (iii) genere empleo directo; y, (iv) cierre brechas de infraestructura y de servicio público.

En efecto, el sistema de inversión pública debe tener *ex ante* la preinversión pre-elaborada para este tipo de proyectos, solo para completar información ajustada a la demanda de los servicios en la zona, entre otros factores que no impliquen un nivel de complejidad mayúsculo, en términos de esfuerzo, tiempo y recursos.

Para esto sí es necesario una modificación para estandarizar las fases de formulación. Se han hecho algunos esfuerzos en materia educativa, a través del PRONIED (Programa Nacional de Infraestructura Educativa), y, en materia de salud, el PRONIS (Programa Nacional de

Inversiones en Salud) ha intentado hacer lo propio, aunque sin mucho éxito, ya que depende normativamente del Ministerio de Salud, donde cambiar un procedimiento puede ser una tarea tan titánica como lograr expropiar los terrenos para construir la línea 2 del Metro de Lima. Conseguir estandarizar este tipo de proyectos permitirá dinamizar rápidamente la economía al generar empleo directo y descentralizado a lo largo de todo el territorio nacional, generando impacto importante en el crecimiento de la economía nacional y local.

No obstante, una vez que el proyecto es viable, puede empezar recién un vía crucis, tanto por la asignación de recursos como por el inicio del proceso de licitación. Es decir, nos encontramos frente a dos sistemas administrativos orientados a obtener financiamiento, que puede ser con recursos del tesoro público (sistema de presupuesto público) o con alguna operación de endeudamiento (sistema de endeudamiento público).

Una vez obtenido el financiamiento para el proyecto, se debe buscar a la persona, natural o jurídica, que se encargue de ejecutar el proyecto de inversión. Entonces, nos introducimos a otro sistema administrativo, que es el de abastecimiento, dentro del cual se encuentra la contratación pública. Es decir, ingresamos a un sistema que también enfrenta una serie de desafíos, tanto por el tiempo que implica obtener al proveedor, como por lograr que sea de calidad y cumpla con los cronogramas de ejecución previstos inicialmente.

Actualmente, se está trabajando una nueva ley de contrataciones. Sería la tercera ley en los últimos 13 años; y en los últimos cinco años se ha cambiado dos veces. En promedio se cambia íntegramente la ley cada cinco

años, lo que claramente genera marchas y contramarchas, cuyos efectos son percibidos de manera más sensible por la inversión pública.

Para todo ello, se requiere de personal calificado y eficiente que permita alcanzar los resultados previstos dentro de los cronogramas establecidos, para lo cual, debemos ingresar a otro sistema administrativo: el de recursos humanos. Pese a que se ha generado una importante reforma en el sistema del servicio civil, el cual, lamentablemente, ha tenido poco apoyo político en el último quinquenio para su implementación (salvo en el periodo del ministro Carlos Oliva), lo que ha generado es que luego de ocho años (supuestamente la fase final de la implementación progresiva), no exista una sola entidad del gobierno nacional que haya implementado íntegramente la ley y ya cuente con todos sus directivos bajo el régimen del servicio civil.

Entre las ventajas que genera el régimen del servicio civil para la administración pública, se encuentran la línea de carrera, enfoque de servicio en el ciudadano, gestión por resultados, evaluaciones anuales en función de metas, objetivos e indicadores claramente establecidos, capacitación al personal de manera permanente, identificación de oportunidades de mejora para el personal que no haya tenido una evaluación positiva, entre otras. Si esta ley estuviera ya implementada, los niveles de ejecución registrarían cifras mucho más alentadoras, dados los incentivos cruzados que conlleva.

Finalmente, uno de los sistemas administrativos transversales a todas las fases por la que discurre un proyecto de inversión pública y que ha sido también motivo de retrasos en la ejecución de proyectos, es el control gubernamental. Y es que ante un problema administrativo o, incluso, indicios de delito, termina afectán-

dose el proyecto más que el o los agentes que supuestamente delinquieron, lo que genera un círculo vicioso, pues afecta en múltiples dimensiones a la sociedad: crecimiento de la economía, empleo, ocasiona sobrecostos por los gastos por servicios generales que se generan con la paralización de una obra, postergación del servicio público que se iba brindar en la infraestructura paralizada, entre otros.

Entonces, se deben generar esquemas que permitan aislar el proyecto de los actos ilícitos, sean estos administrativos o penales, de tal manera que, ante un acto ilícito, se sancione a los responsables sin que se vea afectada toda la cadena de pagos asociada. Parece que la frondosa evidencia generada por el club de la construcción y Lava Jato no ha sido suficiente para que se considere una alternativa para lo señalado.

En ese orden de ideas, concebir como único problema de la ejecución de la inversión pública al sistema que lo regula y solo intervenir en él, resulta insuficiente, ya que es un sistema que actúa —como ya hemos referido— inter-sistémicamente, y que nos lleva a la necesidad de realizar un análisis holístico e intervenciones que permitan agilizar las diferentes fases de los sistemas administrativos por el que debe transitar un proyecto de inversión pública, desde su ideación hasta su puesta en operación.

2. SOBRE LOS SISTEMAS ADMINISTRATIVOS INTERVINIENTES EN LA EJECUCIÓN DE UN PROYECTO DE INVERSIÓN PÚBLICA

2.1. Sistema de Planificación

El Perú cuenta con el Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico (Sinaplan), siendo su

órgano rector el Centro Nacional de Planeamiento Estratégico (Ceplan), ambos creados mediante el Decreto Legislativo N.º 1088 en el 2008.

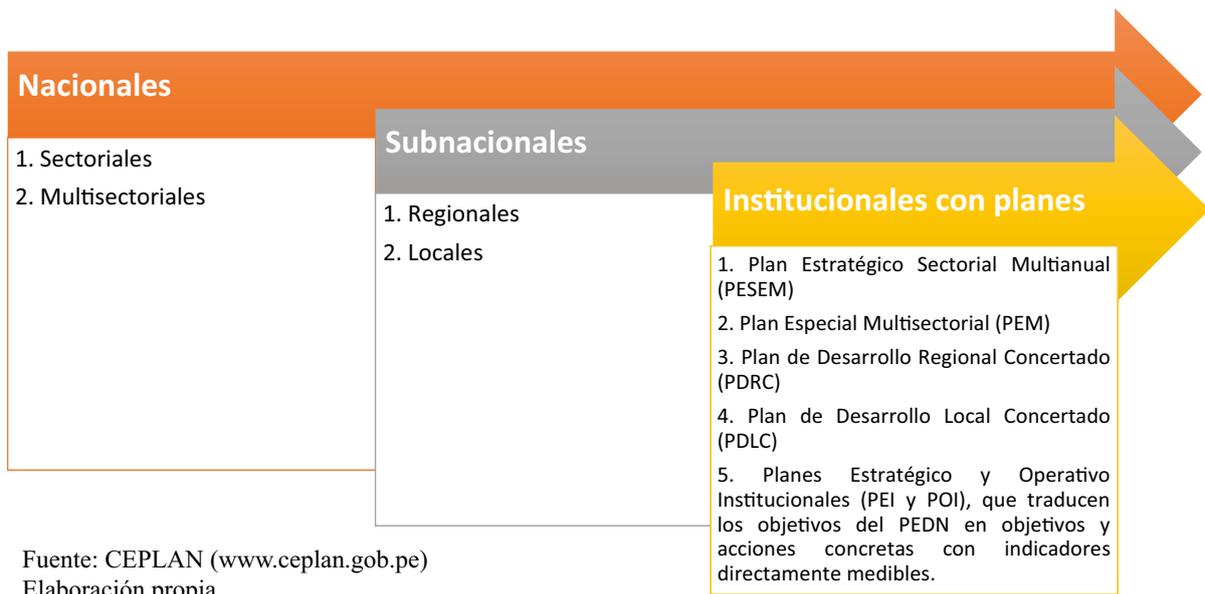
El Sinaplan es un conjunto articulado e integrado de órganos, subsistemas y relaciones funcionales cuya finalidad es coordinar y viabilizar el proceso de planeamiento estratégico nacional para promover y orientar el desarrollo armónico y sostenido del país. Entre los objetivos del Sinaplan, destaca su función de constituirse como el espacio institucionalizado para la definición concertada de una visión de futuro. Asimismo, debe articular e integrar en forma coherente y concertada las diferentes propuestas y opiniones para la elaboración del Plan Estratégico de Desarrollo Nacional y los

planes nacionales, sectoriales, institucionales y subnacionales, así como las orientaciones, los métodos, los procesos y los instrumentos para el planeamiento estratégico.

Se señala que el monitoreo de la gestión tiene un enfoque orientado a resultados, siendo el Ceplan el encargado del seguimiento y evaluación de planes, políticas, programas, objetivos y proyectos, con posibilidad de emitir informes periódicos a solicitud del presidente de la República o del presidente del Consejo de Ministros, sobre la situación económica, social, ambiental e institucional del país.

Se establece que los objetivos estratégicos del Plan Estratégico de Desarrollo Nacional orientan la formulación de las políticas nacionales, que se traducen en las políticas del Gráfico 5.

Gráfico 5. Políticas de desarrollo nacional



Así, podríamos seguir señalando aspectos que en el papel responden a un modelo ideal, pero que, en realidad, es solo una utopía. Los planes en la realidad están plagados de acciones generales y, en muchos de los casos, no tienen una vincula-

ción directa con el presupuesto (salvo formalmente). Es por ello que en vez de cerrar brechas de infraestructura y de servicios públicos básicos para los ciudadanos, estas se van ampliando.

Si todas las entidades aprueban periódicamente los diferentes planes y políticas señaladas en líneas precedentes, y estos se encuentran orientados —al menos teóricamente— a alcanzar resultados concretos, nos surge la interrogante de por qué no mejoran los servicios al ciudadano, la institucionalidad ni la calidad de los servicios públicos. Algo está sucediendo que impide que el común de los ciudadanos puedan apreciar los «grandes resultados» de dichos planes.

Por ello, deben reevaluarse los indicadores que se utilizan y reorientarlos a resultados concretos, tangibles y medibles que generen un cambio real en la vida de los ciudadanos, y evitar caer en la complacencia de cumplir formalmente todas las evaluaciones traducidas en la verificación del cumplimiento de actividades, no de metas, es decir, quedan en el papel con cero impacto positivo en la población, a quienes finalmente se debe el Estado para asegurar la provisión de servicios básicos como agua, luz, salud, educación o justicia.

Ahora bien, tal vez uno de los planes más importante es el Plan Nacional de Infraestructura para la Competitividad, conocido como el PNIC, que constituye el instrumento más importante que obliga al Estado a disciplinarse y mantener un orden, tanto fiscal como de cierre

de brechas, lo que permite una programación ordenada en el mediano y largo plazo, al mismo tiempo que se fortalece la institucionalidad, ya que, independientemente de quién sea el ministro o jefe de la entidad, los proyectos seguirán un procedimiento de incorporación en el PNIC si se quiere que sean financiados.

2.2. El Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones (invierte.pe)

Este sistema, que reemplazó al tradicional Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP), fue creado el 1 de diciembre de 2016, mediante el Decreto Legislativo N.º 1252, y entró en vigencia el 15 de febrero del año 2017, un día después de la publicación de su reglamento.

Este nuevo sistema buscaba que la inversión pública sea destinada de manera inteligente, es decir, que ayude a reducir brechas, a elaborar adecuadamente los estudios de preinversión, a reducir los tiempos para formular y evaluar y al seguimiento de las obras realizadas. Los nuevos cambios introducidos por *invierte.pe* —al menos teóricamente— mejoran el ciclo de inversiones, el cual está compuesto por cuatro fases (Gráfico 6).

Gráfico 6. Ciclo de inversiones



a) Programación Multianual de Inversiones (PMI)

Dentro de esta programación es importante:
(i) definir los indicadores de brechas (sobre

la base de un diagnóstico)¹, y (ii) realizar la

1 Cada sector, a través de su OPMI (antes OPI), debe elaborar un diagnóstico de brechas de infraestructura y servicios públicos, en función a este diagnóstico se establecen los objetivos para reducir las brechas, por áreas geográficas, que comunican a los GR y GL.

Gráfico 7. Directivas para Proyecto de Inversión Pública (PIP)

Recuadro 1.

Para incorporar un Proyecto de Inversión Pública (PIP) después de que la PMI ha sido aprobada, la OPMI (antes OPI) deberá justificar el pedido y este deberá ser aprobado por el Órgano Resolutivo (OR) correspondiente (titular del sector, gobernador o alcalde). **De no contar con marco presupuestal, no pasará a la siguiente fase.** Posteriormente, se debe establecer la cartera de inversiones, las OPMI del sector y de los GR y GL elaboran su cartera de inversiones sobre la base de los objetivos y priorización definidos.

El PMIE se consolida cuando el Órgano Resolutivo de cada sector, GR y GL presentan, antes del 30 de marzo de cada año, su PMI a la Dirección General de Presupuesto Multianual de Inversiones (DGPMI), que consolida toda la información en el Programa Multianual de Inversiones del Estado (PMIE). Si bien el PMIE es el marco de referencia de la inversión pública, previamente es evaluado por la DGPMI para validar su consistencia con la programación de inversiones que realizan anualmente los sectores, GR y GL, y cuya información es remitida por la Dirección General de Presupuesto Público.

Fuente: Benites y Garcés (2012)

programación multianual (mínimo 3 años) en base a las brechas, estándares de servicio y niveles de producción². La cartera de inversiones debe indicar la posible fuente de financiamiento, la modalidad de ejecución, el monto referencial y las fechas de inicio y término. En esta primera fase, el principal cambio es la definición de proyectos, no todas las inversiones son consideradas PIP, y esto permite focalizar el *invierte.pe* en obras de importancia³ (Gráfico 7).

2 Las OPMI de cada GR y GL elaboran sus PMI y se lo comunican a cada sector.

3 Se califica como PIP a la formación de capital físico, humano, natural, institucional o intelectual que tenga como propósito crear, ampliar, mejorar o recuperar la capacidad de producción de bienes o servicios que el Estado tenga responsabilidad de brindar o de garantizar su prestación. Se califica como no PIP a la optimización (compra de terrenos e inversiones menores que resultan de hacer un mejor uso de la oferta existente), ampliación marginal (incrementan el activo no financiero de una entidad pública pero que no modifican su capacidad de producción de servicios o, que de hacerlo, no supera el 20 % de dicha capacidad en proyectos estándar), reposición (reemplazo de activos que han superado su vida útil), rehabilitación: (reparación o renovación de las instalaciones, equipamiento y elementos constructivos sin ampliar la capacidad de provisión de servicios).

b) Formulación y evaluación

En esta etapa se elaboran las fichas técnicas o estudios de preinversión, así como también se evaluará y registrará el proyecto en el banco de inversiones. La innovación insertada por *invierte.pe* en esta etapa es la creación de fichas técnicas para proyectos estándar, las cuales son formatos estandarizados precargados con datos para las principales variables para el dimensionamiento y costos de un proyecto. Estas fichas brindan una justificación técnica y económica clara y concisa. La OPMI sectorial es la encargada de recomendar aquellas tipologías de proyectos que pueden estandarizarse, los proyectos no estandarizables requerirán estudios de preinversión. Inicialmente se han identificado 51 tipos de inversiones estándar (entre 70 % y 80 % del presupuesto de inversión que evaluaba el SNIP).

c) Ejecución

La Unidad Ejecutora de Inversiones (UEI) elaborará la ficha técnica en función de la

Tabla 1. Órganos de Invierte.pe

Sector / gobierno regional/ gobierno local	Ministerio de Economía y Finanzas
<ul style="list-style-type: none"> – Órgano Resolutivo (OR) – Oficina de Programación Multianual de Inversiones (OPMI) – Unidades Formuladoras (UF) – Unidades Ejecutoras de Inversiones (UEI) 	<ul style="list-style-type: none"> – Dirección General de Programación Multianual de Inversiones (DGPMI): – Dirección General de Presupuesto Público – Dirección General de Endeudamiento y Tesoro Público.

concepción técnica y dimensionamiento del estudio de preinversión. En el caso de las inversiones que no constituyen PIP, se elabora un informe técnico sobre la base de la información registrada directamente en el Banco de Inversiones. El principal cambio implementado en esta etapa es que el seguimiento de la ejecución se realiza a través de Sistema de Seguimiento de Inversiones, herramienta que asocia el Banco de Inversiones con el SIAF (Sistema Integrado de Administración Financiera). Si se realizan modificaciones, la UEI o UF, según corresponda, debe registrarlas en el Banco de Inversiones antes de ejecutarlas. Culminada la ejecución, la UEI realiza la liquidación física y financiera y cierra el registro en el Banco de Inversiones.

d) Funcionamiento (Tabla 1)

El nuevo cambio en esta fase es la creación de reportes anuales de activos, los titulares de los activos incluidos en el PIM deben reportar anualmente su estado a las OPMI del sector, GR o GL, respectivamente. Asimismo, deben programar el gasto necesario para asegurar la operación y mantenimiento de los mismos. La evaluación *ex post* de los proyectos está a cargo de la DGPMI, que tiene la facultad de publicar el listado de proyectos

que deberían ser evaluados cada año por las OPMI del sector, GR o GL, estableciendo previamente los criterios de evaluación.

Características del sistema

El Sistema Nacional de Inversión Pública del Perú, al menos en el papel, se caracteriza por:

- i) **Eficiencia.** La misma que es influenciada, al menos formalmente, por su mayor asistencia técnica en la etapa de preinversión, el desarrollo de capacidades en todos los niveles de gobierno, la programación estratégica de la inversión pública y su seguimiento y la mejora de procesos para evitar trabas burocráticas.
- ii) **Transparencia.** La información es pública, lo que le permite monitorear la ejecución del gasto, de manera agregada y a nivel de detalle.
- iii) **Institucionalidad.** Cuenta con un marco normativo para la inversión pública, un órgano rector, así como órganos específicos al interior de las entidades públicas.
- iv) **Tecnicismo.** Cuenta con directivas y guías metodológicas que reducen la discrecionalidad en la formulación y evaluación, sobre

todo en la etapa de preinversión, definiendo contenidos mínimos, parámetros y normas técnicas, parámetros de evaluación, pautas para verificación de viabilidad, entre otros documentos normativos.

La interrogante que surge es la siguiente: ¿cómo es que, a pesar de tener un marco normativo eficiente, los resultados de la inversión pública en el último quinquenio muestran un marcado deterioro respecto del quinquenio previo? La respuesta parece estar orientada a un problema de personas y no legal. Es decir, lo que estaría fallando es la gestión pública, los gestores públicos, los operadores públicos encargados de materializar las grandes líneas maestras diseñadas en las normas legales vigentes.

Entonces, un proyecto de inversión pública, una vez que ha sido formulado y que ya tiene viabilidad, estaría expedito para la siguiente fase, que consiste en cómo financiarlo, y, para ello, nos introducimos a dos sistemas administrativos: (i) El presupuesto público, donde podremos determinar si es que existen recursos disponibles por la fuente de financiamiento recursos ordinarios (impuestos) y (ii) endeudamiento, sea externo o interno, dependiendo de los costos del proyecto.

2.3. Financiamiento de los proyectos: Sistema de Presupuesto y Endeudamiento

Una vez que los proyectos obtienen la viabilidad en el marco del *invierte.pe*, el siguiente paso es obtener el financiamiento. En este caso, dependerá del nivel de envergadura del proyecto, el alcance, número de beneficiarios, monto de inversión y espacio fiscal de la entidad, para determinar la forma cómo se financiará.

Si se financiará con recursos ordinarios, es decir, del tesoro público, entonces la entidad

deberá incluir dicho proyecto dentro de su programación presupuestal, dentro del espacio fiscal existente para lograr el financiamiento. Si la entidad no tuviera espacio, y tampoco tuviera recursos determinados (provenientes de la explotación de los recursos naturales), entonces lo más probable es que requiera endeudarse. Para ello, habría que seguir todo el proceso de concertación de operaciones de endeudamiento. Debe definirse si habrá contrapartida y de cuánto será. Asimismo, precisar si será interno o externo.

En este caso, deberá seguir el proceso natural de concertación que, si se tratase de un endeudamiento externo, tendría que solicitarse autorización al consejo de ministros para iniciar negociaciones con algún organismo multilateral, como el Banco Mundial, Banco Interamericano de Desarrollo, el Banco de Desarrollo de América Latina, Fondo Monetario Internacional, entre otros. Una vez que se reciba dicha autorización, el MEF en su calidad de agente financiero del Estado es el encargado de llevar a cabo el proceso de concertación. Para ello, existen una serie de requisitos y condiciones que debe cumplir la entidad que requiere el financiamiento. Incorporar en el Plan Anual de Concertaciones y luego regresar al Consejo de Ministros, previa opinión favorable de la Contraloría General de la República, para la aprobación de la operación.

Evidentemente, financiar un proyecto con endeudamiento implicará un consumo mayor de tiempo, dado los diferentes pasos que involucra. Por eso, no debe soslayarse ese elemento dentro del cronograma.

En el caso de proyectos que requieran financiamiento durante el ejercicio presupuestario, la entidad debe solicitar al MEF la disponibilidad de recursos. Este evaluará, luego de moni-

torear el ritmo de ejecución de gasto, si existe posibilidad de hacerlo, buscando incluir en el presupuesto del siguiente ejercicio fiscal, los montos que se ejecutarán.

Entonces, en los sistemas administrativos vinculados al financiamiento, deben seguirse las fases, tanto de programación y ejecución presupuestal, como de programación, concertación y aprobación de operaciones de endeudamiento. En estos sistemas administrativos, específicamente, de la administración financiera del Estado, no existe mucho espacio para incorporar mejoras adicionales a las generadas en el año 2018.

Con una adecuada planificación, la programación del financiamiento de los proyectos sería mucho más ordenado y se optimizarían los tiempos de atención de los recursos requeridos.

2.4. Sistema de Abastecimiento: contratación pública

Culminado el vía crucis de la formulación y de la obtención de financiamiento para el proyecto de inversión pública, empieza un largo camino por recorrer. Nos referimos a la contratación del proveedor que ejecutará el proyecto de inversión. Y es que los distintos procesos de contratación tienen varias fases que demandan un nivel de conocimiento y de experiencia que eviten que los procesos queden desiertos o que minimicen el riesgo de impugnación por falta de claridad, ambigüedad o restricciones a la competencia en las bases. Todo ello puede llevar a dos grandes problemas cuando una entidad requiere ejecutar un proyecto de inversión pública: (i) que el proceso sea declarado desierto, o (ii) que la adjudicación de la buena pro sea impugnada.

Sobre el primer punto, existen cuatro grandes razones que pueden generar esa declaratoria de desierto: (i) No se registraron participantes, (ii) se registraron participantes, pero no presentaron ofertas, (iii) se presentaron ofertas, pero estas no fueron admitidas; y, (iv) Se adjudicó, pero no se firmó el contrato por razones diversas.

Por ejemplo, el OSCE (Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado), en un estudio realizado en el 2011, advirtió que un 15 % en promedio de los procesos de selección son declarados desiertos. Entre las causas que pueden explicar el número de desiertos, este organismo encontró que el 71 % tiene como causas comunes la existencia de diversos aspectos de las bases administrativas que representaron barreras, principalmente relacionadas con el cumplimiento de los requerimientos técnicos mínimos y los factores de evaluación. Es decir, un factor importante es la definición de lo que la entidad necesita, pues, de este modo, se podrá delinear adecuadamente los requisitos técnicos mínimos. De tal manera que no se exija más de lo que se necesita ni se pida menos de lo que se requiere.

Si bien el OSCE no descarta que una propuesta técnica que termine invalidándose debido a la falta de pericia y/o capacitación de los proveedores para formularla, consideramos que ello es un elemento que la entidad respectiva puede mitigar; ya que si esta hubiera hecho un estudio de mercado adecuado entre los potenciales postores que pueden cumplir con el objeto de contratación, teóricamente serían postores con experiencia participando de este tipo de procesos. Por lo que, en nuestra opinión sigue estando en cabeza de la entidad el adecuado diseño de las bases, al ser formuladas luego de una indagación del mercado.

Ahora bien, ese 75 % se descompone de la siguiente manera: (i) un 45 % de desierto se debe a la inexistencia de propuestas válidas, es decir, no hubo participantes o existiendo, sus propuestas fueron descalificadas. Y el 26 % restante, se debió a que los postores no alcanzaron el puntaje mínimo. Es decir, cumplieron con los requisitos de las bases, pero no les alcanzó para el puntaje mínimo requerido por las bases. En cualquier caso, son las bases las que finalmente permiten que haya o no postores válidos, sea porque son demasiado exigentes o que esa exigencia mayor no se traduce en los valores referenciales (hoy no publicitados), es decir, los postores ofertan por encima del valor estimado determinado por la entidad.

Por otro lado, si bien el número de impugnaciones presentadas contra las adjudicaciones de la buena pro están fuera del control de la entidad, la forma de mitigarlos sí está bajo su control. Es decir, si, por ejemplo, las bases restringieran la competencia o tuvieran una especificación técnica ambigua, entonces, el riesgo futuro de impugnación será más alto, respecto de especificaciones técnicas contenidas en las bases que estuvieran bien definidas y formuladas.

En efecto, la Ley de Contrataciones ya ha establecido que para impugnar se requiere la presentación de una carta fianza equivalente al 3 %. Entonces, esa garantía supone que el postor que decide impugnar debe verificar que existan elementos que justifiquen la presentación de un recurso, es decir, si existieran bases ambiguas o que restringen competencia, este tendrá un argumento para iniciar el procedimiento recursal con las expectativas, no menor, de obtener un resultado favorable; no obstante, ser responsabilidad absoluta de la entidad contratante.

Uno de los sistemas administrativos que representan un cuello de botella para la ejecución

de los proyectos de inversión es precisamente el de abastecimiento, específicamente, el de contrataciones del Estado. Por ello, se requiere realizar modificaciones, pero no necesariamente a la normatividad de contrataciones, sino más bien a un trabajo más intenso del OSCE y del MEF en capacitar a las entidades del sector público para fortalecer las capacidades de los órganos encargados de las contrataciones, así como de las áreas usuarias.

2.5. Sistema de Tesorería

Recordemos que para que se considere ejecutado un proyecto, desde el punto de vista presupuestal, este debe seguir todas las fases, es decir: (i) certificado, (ii) comprometido, (iii) devengado, (iv) girado; y (v) pago.

Antes de iniciar el proceso de selección, se requiere tener la certificación presupuestal. Luego de adjudicar la buena pro y firmado el contrato, se afecta presupuestalmente a través del compromiso. Una vez ejecutado el contrato, y con la conformidad del área usuaria, la afectación presupuestal se denomina devengado. Y, finalmente, se inicia el proceso de giro para el pago. Este último tramo, el girado, se encuentra a cargo de otro sistema administrativo: el de tesorería.

Teóricamente, es una fase en la que solo debería seguir un procedimiento de carácter formal y de verificación de datos e información. No analizan el contenido, pues eso es responsabilidad del área usuaria. No obstante, esta es una fase que no es del todo celer, a pesar de las modificaciones legislativas orientadas a ese fin. Así, la última modificación al reglamento de la ley de contrataciones se redujo de 15 a 10 días calendario, realizada a fines de junio del 2020.

A pesar de eso, pareciera que aún sigue siendo mucho tiempo para que se dé cumplimiento a la parte menos compleja de toda la cadena. Esta fase, aunque importante, es más de tipo operativo, por lo que, mejorando los procesos, incorporando tecnologías de la información, así como innovación y desarrollo, se pueden acelerar, todavía más, dichos plazos. En algunos casos puede demorar entre 15 y 30 días, en promedio. Pero pueden llegar a tardar, incluso, más de un mes.

En este caso, no es que la regulación del sistema administrativo de tesorería sea complejo o burocrático. En este punto nos encontramos frente a un problema de gestión o gerenciamiento pública, es decir, de la capacidad de las personas para agilizar dichos pagos.

Si bien para este momento, desde el punto de vista presupuestal, ya se considera “ejecutado” el gasto, en realidad la ejecución financiera es relevante por el costo financiero que puede generar a los proveedores, sobre todo si se trata de MYPES. A pesar de varios esfuerzos de regular consecuencias jurídicas a dichas demoras, en la realidad, existen aún entidades que dilatan esta fase, con lo cual no se logra generar el dinamismo económico en los términos definidos en el diseño normativo.

En efecto, la parte más compleja, en el caso de obras, sobre todo, es para el proveedor lograr la conformidad de obra, pues es la parte medular respecto de la contratación realizada. En esta fase suelen existir observaciones por parte de la entidad, que luego deben ser levantadas por el contratista. Esta fase, sin duda, tiene un tiempo —a veces— no menor, pero que en algunos casos se compara con el tiempo para realizar el pago.

En ese sentido, se debe incorporar tecnología, mejorar los procesos y fortalecer el capital humano que permita optimizar y agilizar la fase de pago a las empresas contratistas del Estado, que contribuyan a la dinamización de la economía.

2.6. Sistema de Recursos Humanos

Este sistema administrativo, a diferencia de los previamente comentados, es transversal, es decir, se requiere capital humano para realizar buenos planes, que puedan establecer indicadores de evaluación adecuados, que se encuentren en capacidad de realizar evaluaciones que permitan mejorar tanto las capacidades como los procesos involucrados.

De igual modo, para realizar los estudios de preinversión se requiere de personal idóneo, con conocimientos sólidos que permitan formular proyectos de inversión adecuado. Para estandarizar los proyectos en educación, salud, seguridad, entre otros, se requiere de personas capacitadas.

Por su parte, para ejecutar los proyectos de inversión es necesario contar con servidores y funcionarios que conozcan la ley de contrataciones. No solo en las oficinas encargadas de la contratación, sino en toda la entidad, ya que es a partir de estas que se inician los procesos de contratación, a través del “requerimiento”.

Dicho requerimiento es formulado por el área usuaria. Dentro de esta, por lo general, lo realiza el asistente administrativo. Muchas veces surgen errores en su elaboración, que no son identificados por el jefe del área, y cuando es remitido al órgano encargado de las contrataciones, este tampoco los advierte, ocurriendo lo mismo cuando lo revisa el comité especial. Los recursos humanos son clave en esta tarea.

De igual modo, el área usuaria es la encargada de mantener la relación con el contratista y debe estar en la capacidad de ser una contraparte idónea, tanto para advertir omisiones o errores de los contratistas como para observar aspectos que no son técnicamente correctos, dilatando innecesariamente la ejecución del proyecto. Al mismo tiempo, una vez otorgada la conformidad, se requiere celeridad para realizar los pagos a los contratistas, con la finalidad de dinamizar con mayor rapidez la economía, dando impulso importante a la demanda. Para ello, se requiere fortalecer también a los equipos que trabajan en las oficinas de administración, dentro de las cuales se encuentra las oficinas de contabilidad y tesorería, áreas clave para materializar los pagos a las empresas que obtuvieron la conformidad del servicio o de obra.

En ese contexto, implementar la reforma del servicio civil aprobada hace casi 10 años resulta indispensable si es que realmente se pretende agilizar la ejecución de los proyectos de inversión y, más aún, si se planea dar un fuerte impulso a través de un shock de la inversión pública, ya que, como hemos señalado en el presente trabajo, sería un error considerar cualquier reforma como si se tratara de un compartimento estanco, cuando en realidad debe dársele un enfoque holístico, que involucre a todos los sistemas administrativos que han sido materia de análisis.

2.7. Sistema Nacional de Control

Finalmente, otro de los sistemas administrativos que funcionan de manera transversal y que deben contribuir a que las entidades públicas hagan un uso adecuado de los recursos públicos, es el Sistema Nacional de Control, que a diferencia de los otros sistemas materia de aná-

lisis, se encuentra a cargo de una entidad con rango constitucional.

La autonomía constitucional le permite realizar su labor con absoluta independencia y autonomía del poder político, ya que, el control gubernamental es clave para reducir los espacios de corrupción en las entidades públicas. Para ello, existen condiciones que permiten reducir esos espacios. Las buenas prácticas internacionales señalan que debe ser un órgano con autonomía constitucional, es decir, que no esté sometido jerárquicamente a ningún otro poder del Estado. Asimismo, es deseable que su duración en funciones trascienda al gobierno de turno, que sea elegido por un órgano distinto al del Ejecutivo y que tenga autonomía económica.

Finalmente, en cuanto a la independencia administrativa de las unidades de control, es importante la independencia que tienen los jefes de las unidades de control al interior de cada entidad. En el caso del Perú, los jefes de los órganos de control institucional, es decir, los jefes de las oficinas de control alojadas al interior de las entidades, dependen administrativamente de la Contraloría General de la República, por lo que ésta es su empleadora directa, y no la entidad en la cual despliegan sus funciones de control.

Al respecto, podemos afirmar que la arquitectura legal peruana cuenta con sólidas bases comparada con los países centroamericanos, por ejemplo. La mayoría de los países, salvo Nicaragua, los jefes de las unidades de control solo tienen dependencia funcional respecto de la Contraloría, existiendo dependencia administrativa entre la entidad auditada y el jefe de los auditores en esa entidad, lo que incrementa el riesgo que los titulares de las entidades puedan ejercer algún grado de injerencia sobre el jefe del órgano de control en su entidad.

Ahora bien, en la realidad peruana, esa independencia administrativa no se ve en todas las oficinas de control institucional, ya que muchos de los trabajadores forman parte de la planilla de la entidad auditada y no de la Contraloría General de la República (CGR). Es más, existen algunas entidades, con poco presupuesto, que no cuentan con una oficina de control institucional. Debe fortalecerse el control a nivel nacional y generar lecciones aprendidas desde la CGR que le permitan implementarlas para prevenir actos ilícitos previamente advertidos o identificados.

El cambio de enfoque de la CGR es fundamental. En realidad, la idea de que mientras más hallazgos encuentra un auditor es mejor auditor, es una mentalidad que debe ser desterrada. La CGR debe, a partir de las experiencias previas, adelantarse y advertir a los titulares de las entidades de las acciones que están observando, y que en el pasado tuvieron un resultado determinado que afectó los recursos públicos, la operatividad o el servicio que prestan al ciudadano. Es decir, cumplir una labor preventiva.

Pero un tema que también resulta clave y que no puede soslayar la CGR es el capital humano, es decir, debe contar con personal capacitado sólidamente en cada uno de los temas que le toque auditar y en la especialidad requerida. En el pasado ha ocurrido que contadores emitían juicios sobre temas legales de alta especialización, y abogados, juicios sobre temas ingenieriles. Claramente este tipo de hallazgos suscritos por personal que no está formado en la materia que se está analizando debilita su accionar.

Ahora estos son los casos más extremos. Existen otros al interior de la propia profesión, pero con distinta especialidad. Por ejemplo, que un abogado con especialización en dere-

cho civil y con experiencia en el sector privado analice contratos administrativos en materia de contrataciones del Estado. O un abogado con especialización en derecho administrativo, pero sin conocimientos de inversión pública.

En ese sentido, la CGR debe actuar *ex ante* y *ex post*. Debemos fortalecer el accionar de la Contraloría para evitar más clubes de la construcción. ¿El ministerio de Transportes será el único club? ¿Durante tantos años la CGR no analizó los sobrepagos? Tal vez porque no tenían economistas y abogados con especialización en competencia o en regulación. La CGR es la primera entidad que tiene acceso a toda la información disponible que, además, puede apoyarse en otras entidades, como, por ejemplo, el Indecopi.

En las últimas semanas, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi sancionó con 25 millones de soles a un grupo de empresas que se coludieron y se repartieron los procesos de selección convocados por el Ministerio de Educación y uno del INEI. El período de colusión fue entre el año 2009 y el 2016, es decir, siete años. ¿Qué pasó con la CGR? ¿Por qué no se activaron las alertas tempranas? Ya hemos visto que pasó en el MTC, ahora en el Minedu. ¿Habrá alguna otra entidad? ¿La CGR ha identificado patrones de conducta que pueden haberse reproducido en alguna otra entidad? Y el caso de educación no fue en materia de infraestructura, pero tal vez pueda existir también. Habría que revisar. Tendría que haber una labor un poco más proactiva.

Ahora, lo que contribuyó ciertamente a que el Indecopi pueda descubrir este cartel de editoriales fue el Programa de Clemencia, implementado desde hace no muchos años y que requiere un fortalecimiento mayor para descubrir a más empresas que no creen en el libre

mercado y buscan maximizar su beneficio de manera ilícita, a través de la colusión.

En ese orden de ideas, la CGR debe estar en permanente fortalecimiento de capacidades a su personal, al mismo tiempo debe incorporar medios informáticos y estandarizar y capacitar a los funcionarios de manera preventiva.

3. LOS CONTRATOS GOBIERNO A GOBIERNO COMO ALTERNATIVA A LA PROBLEMÁTICA DE LA EJECUCIÓN DE LA INVERSIÓN PÚBLICA. ¿UNA BUENA SOLUCIÓN?

En los últimos cuatro años, el nivel de ejecución de los proyectos de inversión pública ha venido cayendo de manera sostenida por diversos factores, tanto estructurales y transversales como coyunturales. Dentro de los estructurales y transversales tenemos, a su vez, dos grandes factores: por un lado, la política no escrita orientada a paralizar (o ralentizar) la implementación de la ley del servicio civil, la cual está orientada a fortalecer el capital humano en las entidades públicas, al ser este la piedra angular para la implementación de cualquier política pública, incluida la ejecución de los proyectos de inversión; y por otro, los cambios realizados al entonces sistema nacional de inversión pública por el nuevo *invierte.pe*, que no es otra cosa que el SNIP remozado. Es decir, como ya lo hemos señalado, sin un equipo técnico calificado al interior del Estado, en todos sus niveles, y con un sistema de inversión pública con cambios cosméticos, se convierte en un escenario perfecto para alcanzar los niveles de ejecución de la inversión vistas últimamente.

Dentro de los factores coyunturales se encuentra el factor político, particularmente, las elecciones subnacionales realizadas en el 2018, ya

que ingresan nuevos equipos que demandan una curva de aprendizaje mediana y mediana alta, lo que puede explicar los primeros años de la ejecución subnacional, sumado a lo señalado en el párrafo anterior.

Entonces, queda claro que el poder ejecutivo debería fortalecer los sistemas administrativos, simplificarlos y establecer mecanismos de mitigación de riesgos de corrupción, que permitan a la ciudadanía contar con la infraestructura necesaria para una adecuada y efectiva prestación de servicios públicos. Es conveniente resaltar el binomio infraestructura y servicio público. Habrá que preguntarnos si son útiles las infraestructuras si no se cuenta con los recursos para financiar la operación y mantenimiento. O teniendo el financiamiento, no se cuente con oferta de profesionales calificados para operar y mantener dicha infraestructura, o teniéndolo no se cuente con personal calificado para brindar el servicio, o brindándolo este no cubra los estándares mínimos de calidad.

Entonces, vemos que la infraestructura constituye una condición necesaria para brindar el servicio público, pero no suficiente. El Estado debe —sin duda— procurar generar nuevos mecanismos de ejecución rápida de los proyectos de inversión pública, y es en ese contexto que los contratos gobierno a gobierno —conocidos también como G2G (*government to government*), por sus siglas en inglés—, han sido explorados como una opción importante para alcanzar dicho fin, dado el cumplimiento de los cronogramas de ejecución de la infraestructura necesaria para los Juegos Panamericanos y Parapanamericanos 2019, los que se ejecutaron en gran medida, a través de este mecanismo. Pero, cuidado, que la infraestructura creada para los juegos no tiene el nivel de complejidad ni cumple la misma finalidad que, por

ejemplo, construir hospitales, colegios o una línea de metro.

El gobierno anterior entendía que la solución al déficit de infraestructura económica y social podía ser resuelto a través de este tipo de modalidad de ejecución de proyectos de inversión, aunque sea artificialmente, y a pesar de que el servicio de gestión sea bastante más elevado que el que le cuesta al Estado, lo que no necesariamente es malo, sino que más bien sirve de parámetro para medir el nivel de gasto que realiza el Estado en capital humano y, sobre todo, el nivel de gasto que no realiza para fortalecer al capital humano de la administración pública, asociado a los servicios que se dejan de atender y que a la larga termina siendo más costoso para este, sea porque le resta bienestar a la población (por falta de infraestructura social) o porque el país pierde competitividad (por la ausencia de infraestructura económica), que hace que los grandes inversores privados elijan como destino de inversión a nuestros competidores miembros de la Alianza del Pacífico, como Colombia o Chile.

De ahí la importancia de reflexionar sobre si los acuerdos de gobierno a gobierno resultan el mecanismo más idóneo para la ejecución de la infraestructura social y económica, y si en todos los casos se justifica el costo de tener que contratar a otro Estado que supla nuestras deficiencias que, fundamentalmente, son de capacidad de gestión, es decir, de capital humano.

Ahora bien, los acuerdos G2G tienen su origen en el Perú hace ya largos años y no precisamente en el sector infraestructura —como fue el caso de los Juegos Panamericanos 2019— sino más bien en el sector defensa, sobre todo para las compras de equipamiento militar. Se justificaban dichas adquisiciones, de alguna manera,

a través de esta modalidad, dada la naturaleza secreta o confidencial en la que suelen realizarse este tipo de adquisiciones en el mundo.

No obstante, de todas las características que tiene un acuerdo G2G, nos enfocaremos en tres que consideramos las más resaltantes:

a) Por el financiamiento del contrato

Los contratos de gobierno a gobierno exigen contar con el presupuesto corriente, es decir, necesitan tener el dinero en las cuentas del tesoro público, como ocurre con cualquier contratación de adquisiciones de bienes u obra pública. Y si el contrato superara el ejercicio presupuestal, requerirá el compromiso de la oficina de presupuesto (o la que haga sus veces) de comprometer dichos recursos en los ejercicios subsiguientes. O, caso contrario, haber concertado una operación de endeudamiento que permita financiar los bienes o infraestructura contratados.

Sin embargo, en el caso de los contratos de APP (Asociación Público Privada), como es el caso de las concesiones, una de las principales razones de su dinamismo en Europa en la década de 1990, en el siglo pasado, durante el mandato del primer ministro británico John Major, fue precisamente la necesidad de financiamiento por la que atravesaba el Reino Unido y, al mismo tiempo, la enorme brecha de infraestructura existente; por lo que tuvo que recurrir al financiamiento privado y que el Estado lo pague en el transcurso del tiempo, siendo estas las primeras concesiones de infraestructura de servicios públicos, en la etapa contemporánea.

Entonces, una diferencia trascendental entre ambas formas de ejecución de inver-

siones, es precisamente las espaldas financieras con las que cuenta el tesoro público. Concretamente hoy, nuestros ahorros son casi nulos, pues el Fondo de Estabilización Fiscal (FEF) ha sido utilizado casi en su totalidad para mitigar los efectos de la crisis económica provocada por la COVID-19.

En ese sentido, en un contexto como el actual, si bien tenemos aún buena capacidad de endeudamiento dados los últimos treinta años de manejo prudente y responsable de las finanzas públicas, es un dato importante a tener en cuenta antes de decidir embarcarse en un contrato de gobierno a gobierno.

No obstante, hace unos días se ha suscrito el acuerdo G2G con el gobierno francés para la ejecución de la carretera central, el mismo que con estudios muy básicos tiene un costo superior a los once mil millones de soles, sin considerar los altísimos riesgos geológicos que involucra dicho proyecto por la geografía en la que se desarrollará. Entonces, dado el nivel de estudios, ese proyecto por lo menos se duplicará, con alta expectativa de elevarse, por metrados, por túneles, por desfase de precios (los estudios son del año 2018).

Dicho esto, en un contexto de caída de ingresos y múltiples necesidades de financiamiento para enfrentar la pandemia, tanto por los costos de adquisición de vacunas como de pruebas de detección, así como por la necesidad de seguir ampliando la oferta sanitaria, no parece ser la mejor decisión asumir un compromiso tan caro, existiendo otras prioridades por el momento.

b) Por los riesgos asociados

En los contratos de gobierno a gobierno, los riesgos existentes respecto de los bienes o infraestructura a adquirir se restringen únicamente a estos, incluidos los vicios ocultos. Si nos referimos a la construcción de una infraestructura, entonces, el riesgo que asume el contratista es por la construcción de esta, pero luego si el Estado no la mantiene con estándares adecuados, y luego se deteriora, entonces se abrirá un espacio de discusión para determinar quién fue el responsable: si la entidad, porque no realizó el mantenimiento de acuerdo a los estándares de calidad, o la empresa constructora, por vicios de construcción.

En el caso de un contrato de APP, como una concesión, al tratarse de un contrato complejo por tener múltiples prestaciones, los riesgos asociados también son múltiples, y deben ser asignados a la parte que se encuentre en mejor posición para administrarlos eficientemente. Normalmente, el Estado traslada el riesgo de diseño, de construcción y de financiamiento a la empresa privada. De tal manera que si, durante la operación y mantenimiento de la infraestructura, ocurriera algún problema con la infraestructura, sea causado por un defecto de diseño o de construcción o de ausencia de mantenimiento adecuado, es la empresa privada la responsable de solucionarlo y recuperar los niveles de servicio de acuerdo al contrato.

Entonces, podemos observar que, si una entidad pública decidiera optar por construir la infraestructura, a través de un G2G, y la operación y mantenimiento a través de una APP, entonces, se pierden las bondades de una APP en la etapa previa a la operación del servicio.

En primer lugar, si bien el riesgo de construcción se mantiene con el constructor de la obra, al entregar dicha infraestructura en concesión, ingresa un sujeto adicional, lo que complica la clarificación del responsable del daño, pues, por un lado, el constructor dirá que fue culpa del concesionario, y este dirá que fue culpa del constructor. Mientras tanto, el Estado se ve privado de brindar el servicio a la población, siendo esta la perjudicada en última instancia.

En segundo lugar, el riesgo de financiamiento es absorbido en su totalidad por el Estado, afectando sus ratios globales de deuda, y el costo de oportunidad de ejecutar otro tipo de proyectos con los recursos que se tienen que reservar para este fin.

En ese sentido, consideramos que no resulta conveniente combinar ambas modalidades de contratación, dado los riesgos que esto implica para el servicio, como por los costos, por ejemplo.

c) Por la calidad del servicio prestado

Como ya habíamos mencionado, en un contrato G2G no existe un servicio público a cargo del Estado contratante. En efecto, el Estado recibe únicamente la infraestructura y el equipamiento, de corresponder, pero dicha infraestructura la operaría el Estado, en cuyo caso, el nivel de calidad del servicio será el que al Estado le alcance con el financiamiento que se le asigne anualmente, que suele ser un presupuesto modesto; por lo que, rápidamente se verá reflejado en la calidad del servicio, salvo que se decida concesionarla, ya que los niveles de servicio que se exigen

al concesionario suelen ser mayores a los que el Estado ofrece a la ciudadanía.

En cambio, en el caso de un contrato de APP, como es el caso de una concesión, el nivel de calidad de servicio es el indicado en las normas técnicas y, ante la ausencia de estas, en lo establecido en el contrato de concesión y en las bases del proceso de promoción de la inversión privada que dio origen al mismo.

En el caso de la nueva carretera central, si fuera concesionada, el Estado está asumiendo todos los riesgos que suelen ser transferidos a la empresa privada, tales como: riesgo de diseño, construcción, financiamiento (en realidad ya no es riesgo sino compromiso firme), operación y mantenimiento. Sin duda, se trata de una obra postergada por décadas, pero es el peor momento y la peor forma de iniciarla en plena pandemia.

Entonces, considerando las diferencias expuestas, y salvo que se trate de una infraestructura que no sirva para brindar un servicio público como el de los Juegos Panamericanos 2019, no resulta conveniente para el Estado realizar contrataciones de gobierno a gobierno para la ejecución de infraestructura pública, pues asume una serie de riesgos que deben ser absorbidos por el Estado (Garcés, 2021)

Conclusiones

1. El Perú enfrenta una crisis en la ejecución de la inversión pública, agudizada en el último quinquenio, a pesar del ritmo que había obtenido en el año 2015 con récord de ejecución histórica cercana al 90 %.

2. A pesar de las modificaciones del marco normativo del sistema de inversión pública (invierte.pe que reemplazó al SNIP), sin mayores cambios estructurales, ha tenido un ritmo de ejecución muy modesto.
3. Considerar como el principal problema de la ejecución de la inversión pública al sistema de la inversión pública (que motivó su cambio), sin darle un enfoque holístico, constituye un error fundamental, ya que la inversión pública involucra a varios sistemas administrativos, y en cada uno de estos existen cuellos de botella y problemática específica, que, si no son solucionados, mejorados o fortalecidos, así exista la mejor de las normas en materia de inversión pública, esta no despegará.
4. Entre los sistemas administrativos vinculados a la ejecución de la inversión pública, se encuentran: el sistema de planificación, inversión pública, presupuesto, endeudamiento, abastecimiento (contrataciones del estado), tesorería, recursos humanos y control gubernamental.
5. Los sistemas de recursos humanos y de control gubernamental son transversales a todos los sistemas. Siendo fundamental el de recursos humanos para el desarrollo eficiente y eficaz de los sistemas administrativos orientados al cierre de brechas de infraestructura y de provisión de los servicios públicos. En el caso del control gubernamental, es clave para minimizar los riesgos de corrupción durante las distintas fases de ejecución de los proyectos de inversión.
6. Utilizar los contratos de gobierno a gobierno, bajo la premisa de la problemática en la ejecución de la inversión pública, constituye únicamente una justificación para

no enfrentar los problemas advertidos, y tiene como efectos mantener la debilidad de capacidades, incrementar los riesgos de diseño, construcción, operación, mantenimiento de las infraestructuras, contribuir al debilitamiento institucional, hipotecar la credibilidad del Perú de un manejo responsable de las finanzas públicas y afectar la sostenibilidad fiscal.

7. La experiencia de los Juegos Panamericanos y Parapanamericanos del 2019 no es comparable con la ejecución de infraestructura para uso de servicio público, dado que el primero tiene fines deportivos con un bajo costo de mantenimiento, mientras que la operación y mantenimiento de una carretera, un colegio o un hospital demandan altos costos de mantenimiento, al mismo tiempo que los riesgos de construcción son mucho más altos.

Bibliografía

- BENITES, J. y Garcés, A. “Inversión Pública en Centroamérica y República Dominicana”. Mimeografía. Washington D. C.: Banco Interamericano de Desarrollo, 2018.
- GARCÉS, Alfonso. Contratos Gobierno a Gobierno ¿Constituyen un mecanismo eficiente de ejecución de infraestructura? *Revista Gestión Pública & Control de Gaceta Jurídica*. Febrero, 2021.
- ORGANISMO SUPERVISOR DE LA CONTRATACIONES DEL ESTADO (OSCE). ¿Por qué razones un proceso de selección queda desierto? Delimitación de causales. Lima: Dirección de Supervisión, Fiscalización y Estudios Subdirección de Estudios Económicos y de Mercado, 2011. https://www.mef.gob.pe/cont_estado/documentos/1_Estudio_desiertos.pdf

LAS MEDIDAS DE SALVAGUARDIA EN LA COMUNIDAD ANDINA¹

Hugo R. Gómez Apac*

«Dissents speak to a future age. It's not simply to say, "My colleagues are wrong, and I would do it this way." But the greatest dissents do become court opinions and gradually over time, their views become the dominant view. So that's the dissenter's hope: that they are writing not for today, but for tomorrow.»

US Supreme Court Justice Ruth Bader Ginsburg

INTRODUCCIÓN

El presente capítulo tiene por objeto explicar el desarrollo jurisprudencial llevado a cabo por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, el Tribunal o el TJCA) con respecto a las medidas de salvaguardia comercial previstas en el capítulo XI del Acuerdo de Cartagena.

* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Magíster en Derecho de la Empresa por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Actualmente, se desempeña como Magistrado Principal por la República del Perú en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y profesor en la Maestría de Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Maestría de Derecho Administrativo Económico de la Universidad del Pacífico, en la Maestría de Derecho Constitucional de la Universidad San Gregorio de Portoviejo del Ecuador, y en la Escuela de Derecho de la Universidad Científica del Sur.

Ha sido Presidente del Consejo Directivo del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), y Director Nacional de Asuntos Jurídicos en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. En el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) ha sido Secretario Técnico de la Comisión de Libre Competencia, Asesor de la Gerencia Legal, Secretario Técnico de la Sala de Defensa de la Competencia y Vicepresidente de la Comisión de Protección al Consumidor.

1 Una versión del presente trabajo académico aparece como capítulo III en el libro: AA.VV., *Comercio Internacional & Derecho Aduanero y Tributario en la Comunidad Andina*, Pontificia Universidad Católica del Ecuador – Sede Ambato, Ambato, 2021, pp. 117-153.

Para tal efecto, primero se expondrá el contexto general de la regulación de dichas medidas en el marco de la Organización Mundial del Comercio (en lo sucesivo, la OMC). Luego se abordará el tratamiento normativo de las referidas medidas en el ordenamiento jurídico comunitario andino. A continuación se desarrollarán los criterios jurídicos esbozados por el Tribunal con relación a las mencionadas salvaguardias en sentencias e interpretaciones prejudiciales emitidas entre 1987 y hasta antes del año 2018. Finalmente, el artículo analizará dos sentencias expedidas el año 2018, la primera (de abril) vinculada a una salvaguardia por desequilibrio en la balanza de pagos global, y la segunda (de agosto) relacionada con una salvaguardia por devaluación monetaria, en ambos casos por medidas de defensa comercial adoptadas por Ecuador. Resulta pertinente indicar que los criterios contenidos en la última sentencia son los vigentes a la fecha, por lo que los países miembros del proceso de integración subregional andino (Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú) y la Secretaría General de la Comunidad Andina (en adelante, la SGCA) deben respetar dichos criterios al momento de adoptar, o autorizar, salvaguardias comerciales, según corresponda.

El énfasis puesto en las dos sentencias emitidas el 2018 se justifica por tres razones: (i) son los dos últimos pronunciamientos del Tribunal en materia de salvaguardia comercial; (ii) el autor del presente capítulo participó como magistrado en la discusión de tales providencias judiciales; y, (iii) porque, de alguna manera, evidencian cómo a nivel de las altas cortes de justicia, lo que en un primer momento, una determinada posición jurídica constituye un voto en minoría, luego puede convertirse en la posición mayoritaria (o de unanimidad) del colegiado, lo que a su vez explica la cita inicial de la jueza Ginsburg

de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, fallecida el año pasado.

En la sentencia de abril de 2018, a diferencia del voto en mayoría, el de la minoría consideró como criterio jurídico interpretativo que un requisito de la salvaguardia por desequilibrio en la balanza de pagos global es la existencia de una relación de causa y efecto entre el incremento de las importaciones provenientes de uno o más países miembros y dicho desequilibrio. En la sentencia de agosto de 2018, el referido criterio jurídico fue adoptado por unanimidad, pues se afirmó, con relación a las cuatro modalidades de salvaguardia comercial previstas en el capítulo XI del Acuerdo de Cartagena, que debe existir una relación de causa y efecto entre el incremento de las importaciones y el daño (o amenaza de daño) de que se trate.

1. LAS MEDIDAS DE SALVAGUARDIA

Las salvaguardias son medidas de defensa comercial que tienen por objeto proteger a un sector de la industria nacional frente al incremento imprevisto de las importaciones de productos similares o directamente competidores —a los producidos por dicha industria— que causa o amenaza con causar un daño grave al referido sector^{2, 3}. A diferencia de otras medi-

2 Delpiano Lira, Cristián. Medidas de salvaguardia y exclusiones regionales en la jurisprudencia de la Organización Mundial del Comercio. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, núm. 2, Santiago, 2015, p. 545. Pontificia Universidad Católica de Chile. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372015000200007

3 La OMC define a las salvaguardias como «...medidas “de urgencia” con respecto al aumento de las importaciones de determinados productos cuando esas importaciones hayan causado o amenacen causar un daño grave a la rama de producción nacional del Miembro importador...». Definición extraída de: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/safeg_s/safeg_info_s.htm

das de defensa comercial, como los derechos *antidumping* (frente al *dumping*) y compensatorios (frente a los subsidios), las salvaguardias no constituyen una respuesta (consecuencia jurídica) a un acto ilícito —el *dumping* y los subsidios califican como actos de competencia desleal en el comercio internacional—, sino que traducen la aplicación de una política comercial que tiene como propósito proteger a una rama de la industria nacional frente a la dura competencia que significa el incremento imprevisible⁴ de las importaciones de productos competidores. Las medidas de salvaguardia toman la forma de un incremento de los aranceles⁵ (arancel específico o *ad valorem*), o de cuotas o cupos máximos de importación.

La figura de las medidas de salvaguardia aparece en el artículo XIX del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) de 1947 como «medidas de urgencia sobre la importación de productos determinados», a efectos de dotar a los países miembros de dicho acuerdo de una válvula de escape frente a las obligaciones que imponía el integrarse al comercio internacional luego de la segunda guerra mundial. Las disposiciones del GATT de 1947 se incorporaron al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT)

de 1994, y este se incorporó al Anexo 1A del Acuerdo que crea la OMC⁶, el cual entró en vigor el 1 de enero de 1995. En el marco de la OMC, las medidas de salvaguardia se encuentran reguladas en el artículo XIX del GATT de 1994 y en el Acuerdo de Salvaguardias (que también forma parte del Anexo 1A del Acuerdo que crea la OMC).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo XIX del GATT de 1994, si, como consecuencia de la evolución imprevista de las circunstancias y por efecto de las obligaciones, incluidas las concesiones arancelarias, contraídas por una parte contratante del Acuerdo que crea la OMC, las importaciones de un producto en el territorio de esta parte contratante han aumentado en tal cantidad y se realizan en condiciones tales que causan o amenazan causar un daño grave a los fabricantes nacionales de productos similares o directamente competidores en ese territorio, dicha parte contratante podrá, en la medida y durante el tiempo que sean necesarios para prevenir o reparar ese daño, suspender total o parcialmente la obligación contraída con respecto al referido producto o retirar o modificar la concesión.

El artículo 2 del Acuerdo sobre Salvaguardias, por su parte, establece que un país miembro de la OMC solo podrá aplicar una medida de salvaguardia a un producto si dicho país ha determinado, con arreglo a las disposiciones contenidas en el mencionado acuerdo, que las importaciones de ese producto en su territorio han aumentado en tal cantidad, en términos absolutos o en relación con la producción nacional, y se realizan en condiciones tales que causan o amenazan causar un daño grave a la rama de producción nacional que fabrica pro-

4 Como bien afirma Gabriel Ibarra, la cláusula de escape (o de salvaguardia) se activa frente a la evolución «imprevista» de circunstancias que llevan a un incremento de las importaciones en tal cantidad o en condiciones tales que causen o amenacen causar un perjuicio grave a los productores de bienes similares directamente competidores. (Gabriel Ibarra Pardo, *Las grandes controversias del multilateralismo. Crisis del principio de la Nación más favorecida, distorsiones de la competencia y temas ambientales*, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana – Legis Editores S.A., Bogotá, 2018, p. 201).

5 «En términos generales, la cláusula de escape autoriza a un país para incrementar el arancel por encima del consolidado» (Gabriel Ibarra Pardo, *Op. cit.*), o por encima de los compromisos asumidos (Cristián Delpiano Lira, *Op. cit.*).

6 El Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC y sus Anexos.

ductos similares o directamente competidores. Las medidas de salvaguardia se aplicarán al producto importado independientemente de la fuente de donde proceda.

Las medidas de salvaguardia son válvulas de escape a los compromisos arancelarios asumidos al amparo de la OMC, en el contexto de los acuerdos de libre comercio, o en el marco de los procesos de integración económica y social como es el caso de la Comunidad Andina.

2. LAS SALVAGUARDIAS EN LA COMUNIDAD ANDINA

La Comunidad Andina es un proceso de integración económica y social que tiene por objeto el desarrollo equilibrado y equitativo de sus países miembros. Su tratado fundacional es el Acuerdo de Cartagena, firmado el 26 de mayo de 19697. El artículo 1 de este tratado internacional establece que la meta del proceso de integración subregional andino es la creación de un mercado común, lo que requiere como fases previas, primero la conformación de un área de libre comercio, y segundo un arancel externo común y una unión aduanera.

A la fecha, no obstante haber pasado 51 años, se ha alcanzado solo lo primero, un área de libre comercio, el cual se sustenta en el llamado «programa de liberación», contemplado en el capítulo VI del Acuerdo de Cartagena, por virtud del cual se han eliminado los gravámenes y las restricciones de todo orden que inciden sobre la importación de productos originarios de los países miembros. En aplicación del programa de liberación, los productos originarios de un país miembro ingresan a otro país miembro

sin pagar aranceles (derechos aduaneros) y cualquier otro recargo de efecto equivalente, sea de carácter fiscal, monetario o cambiario, que incida en las importaciones. En consecuencia, está prohibida cualquier medida de carácter tributario, administrativo, financiero o cambiario, mediante la cual un país miembro impida o dificulte las importaciones provenientes de otro país miembro.⁸

Dada la existencia de un área de libre comercio, las importaciones provenientes de un país miembro pueden aumentar inesperada y significativamente y dañar, o amenazar con dañar, a un sector de la industria local del país miembro importador, o a su economía, por lo que como medida de escape —de carácter excepcional— a las obligaciones que impone el programa de liberación, el Acuerdo de Cartagena prevé que el país importador puede dictar medidas de salvaguardia destinadas a restringir el ingreso de tales importaciones.

2.1. El Acuerdo de Cartagena⁹

El capítulo XI del Acuerdo de Cartagena trata de las cláusulas de salvaguardia, «...que son medidas de carácter correctivo que puede adoptar un país miembro cuando las importaciones provenientes de otro país miembro le causan o amenazan con causarle un determinado daño»¹⁰. Dicho capítulo regula 4 tipos de

8 Artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena.

9 En el presente trabajo no se abordarán las medidas previstas en los artículos 90 y 91 (del capítulo IX) del Acuerdo de Cartagena relacionados con las importaciones de productos agropecuarios.

10 Gómez, H. El ordenamiento jurídico comunitario andino. En: Gómez, H. (Director). *Apuntes de Derecho Comunitario Andino. A propósito de los 50 años de la Comunidad Andina y los 40 años de creación de su Tribunal de Justicia*, Portoviejo: Universidad San Gregorio de Portoviejo, Editorial San Gregorio S.A., 2019, p. 62.

7 A la fecha, codificado por la Decisión 563 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 940 del 1 de julio de 2003.

salvaguardia: (i) por desequilibrio en la balanza de pagos global (artículo 95); (ii) por el cumplimiento del programa de liberación (art.96); (iii) por productos específicos (art. 97); y, (iv) por devaluación monetaria (art. 98).

La salvaguardia por desequilibrio en la balanza de pagos global tiene por objeto corregir el desequilibrio en la balanza de pagos de un país miembro ocasionado por las importaciones de otro u otros países miembros. El artículo 95 dispone que un país miembro que haya adoptado medidas para corregir el mencionado desequilibrio, podrá extender dichas medidas, previa autorización de la SGCA, con carácter transitorio y en forma no discriminatoria, al comercio intrasubregional de productos incorporados al programa de liberación^{11, 12}. Cuando la situación de desequilibrio exigiere providencias inmediatas, el país miembro interesado podrá, con carácter de emergencia, aplicar las medidas previstas, debiendo comunicarlas de inmediato a la SGCA, la que se pronunciará dentro de los 30 días siguientes, autorizándolas, modificándolas o suspendiéndolas. Si la aplicación de la salvaguardia se prolongase por más de un año, la SGCA propondrá a la Comisión de la Comunidad Andina (en adelante, la Comisión), por iniciativa propia o a pedido

Disponible en: https://www.tribunalandino.org.ec/libros/LIBRO_DERECHO.pdf

- 11 El programa de liberación tiene por objeto «...eliminar los aranceles y cualquier otro tipo de gravamen o recargo, sean de carácter tributario, monetario o cambiario, que incidan sobre los productos que un país miembro importe de otro país miembro, así como eliminar todo tipo de restricción al comercio, es decir, cualquier medida administrativa, financiera o cambiaria mediante la cual un país miembro impida o dificulte las importaciones provenientes de otro país miembro...» (Gómez, H. *op. cit.*, pp. 57 y 58).
- 12 El referido artículo agrega que los países miembros procurarán que la imposición de restricciones en virtud de la situación del balance de pagos no afecte, dentro de la subregión, al comercio de los productos incorporados al programa de liberación.

de cualquier país miembro, el inicio inmediato de negociaciones a fin de procurar la eliminación de las restricciones adoptadas¹³.

La salvaguardia por el cumplimiento del programa de liberación tiene por finalidad corregir los perjuicios graves (o amenaza de estos) a la economía de un país miembro (o a un sector significativo de su actividad económica) que sean consecuencia del cumplimiento del programa de liberación; es decir, como consecuencia «...de las importaciones sin gravámenes (o sin restricciones de cualquier naturaleza) provenientes de otro u otros países miembros...»¹⁴ El artículo 96 establece que si el cumplimiento del programa de liberación causa o amenaza causar perjuicios graves a la economía de un país miembro o a un sector significativo de su actividad económica, dicho país podrá, previa autorización de la SGCA, aplicar medidas correctivas de carácter transitorio y en forma no discriminatoria. Agrega que, cuando fuere necesario, la SGCA deberá proponer a la Comisión medidas de cooperación colectiva destinadas a superar los inconvenientes surgidos¹⁵.

13 El capítulo VII (Salvaguardia por Balanza de Pagos) de la Decisión 439 (Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina), publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 347 del 17 de junio de 1998, establece que un país miembro que haya adoptado medidas restrictivas del comercio de servicios con terceros países, para hacer frente a la existencia o amenaza de graves dificultades financieras exteriores o de balanza de pagos, podrá extender dichas medidas, previa autorización de la SGCA, al comercio intrasubregional de servicios. Esta salvaguardia por balanza de pagos se encuentra regulada en los artículos 20 y 21 de la Decisión 439.n 439.

14 Gómez, H. *Op. cit.*, p. 62.

15 Adicionalmente, el artículo 96 del Acuerdo de Cartagena precisa que la SGCA deberá analizar periódicamente la evolución de la situación con el objeto de evitar que las medidas restrictivas se prolonguen más allá de lo estrictamente necesario o considerar nuevas fórmulas de cooperación si fuere procedente.

Cuando los perjuicios sean tan graves que exijan providencias inmediatas, el país miembro afectado podrá aplicar medidas correctivas provisionales y con carácter de emergencia, sujetas al posterior pronunciamiento de la SGCA. Dichas medidas deberán causar el menor perjuicio posible al programa de liberación y, mientras se apliquen en forma unilateral, no podrán significar una disminución de las importaciones del producto o productos de que se trate, con respecto al promedio de los 12 meses anteriores. El país miembro que adopte las medidas deberá comunicarlas inmediatamente a la SGCA y esta se pronunciará sobre ellas dentro de los 30 días siguientes, ya sea para autorizarlas, modificarlas o suspenderlas.

La salvaguardia por productos específicos tiene el propósito de corregir las perturbaciones en la producción nacional de productos específicos de un país miembro debido a las importaciones de productos originarios de la subregión. Sobre el particular, el artículo 97 establece que cuando ocurran importaciones de productos originarios de la subregión andina, en cantidades o en condiciones tales que causen perturbaciones en la producción nacional de productos específicos de un país miembro, este podrá aplicar medidas correctivas, no discriminatorias, de carácter provisional, sujetas al posterior pronunciamiento de la SGCA. El país miembro que aplique las medidas correctivas, en un plazo no mayor de 60 días, deberá comunicarlas a la SGCA y presentar un informe sobre los motivos que fundamentan su aplicación. La SGCA, dentro de un plazo de 60 días siguientes a la fecha de recepción del mencionado informe, verificará la perturbación y el origen de las importaciones causantes de la misma y emitirá su pronunciamiento, ya sea para suspender, modificar o autorizar dichas medidas, las que solamente podrán aplicarse a

los productos del país miembro donde se hubiere originado la perturbación. Las medidas correctivas que se apliquen deberán garantizar el acceso de un volumen de comercio no inferior al promedio de los tres últimos años.

La salvaguardia por devaluación monetaria tiene como objetivo corregir la alteración a las condiciones normales de competencia causada por la devaluación efectuada por uno o más países miembros. Con relación a esto, el artículo 98 dispone que si una devaluación monetaria efectuada por uno de los países miembros altera las condiciones normales de competencia, el país que se considere perjudicado podrá plantear el caso a la SGCA, la que deberá pronunciarse breve y sumariamente. Verificada la perturbación por la SGCA, el país perjudicado podrá adoptar medidas correctivas de carácter transitorio y mientras subsista la alteración, dentro de las recomendaciones de la SGCA. En todo caso, dichas medidas no podrán significar una disminución de los niveles de importación existentes antes de la devaluación. Sin perjuicio de la aplicación de las medidas transitorias aludidas, cualquiera de los países miembros podrá pedir a la Comisión una decisión definitiva del asunto. El país miembro que devaluó podrá pedir a la SGCA, en cualquier momento, que revise la situación a fin de atenuar o suprimir las mencionadas medidas correctivas. El dictamen de la SGCA podrá ser enmendado por la Comisión.

El artículo 98 del Acuerdo de Cartagena agrega que, el país que se considere perjudicado, al presentar el caso a la SGCA, podrá proponer las medidas de protección adecuadas a la magnitud de la alteración planteada, acompañando los elementos técnicos que fundamenten su planteamiento. La SGCA podrá solicitar la información complementaria que estime con-

veniente. El pronunciamiento breve y sumario de la SGCA deberá producirse dentro del plazo de 1 mes, contado a partir de la fecha de recepción de la solicitud. Si la SGCA no se pronunciare en dicho plazo y el país solicitante considera que la demora en el pronunciamiento puede acarrearle perjuicios, podrá adoptar las medidas iniciales por él propuestas, comunicando de inmediato este hecho a la SGCA, la cual, en su pronunciamiento posterior, deberá decidir sobre el mantenimiento, modificación o suspensión de las medidas aplicadas. En su pronunciamiento, la SGCA tendrá en cuenta, entre otros elementos de juicio, los indicadores económicos relativos a las condiciones de competencia comercial en la subregión andina que la Comisión haya adoptado con carácter general (a propuesta de la SGCA), las características propias de los sistemas cambiarios de los países miembros y los estudios que al respecto realice el Consejo Monetario y Cambiario.

Adicionalmente, el artículo 98 precisa que mientras no se haya adoptado el sistema de indicadores económicos por la Comisión, la SGCA procederá con sus propios elementos de juicio. No obstante, si durante el lapso que media entre la presentación referida y el pronunciamiento de la SGCA, a juicio del país miembro solicitante existen antecedentes que hagan temer fundadamente que, como consecuencia de la devaluación, se producirán perjuicios inmediatos que revistan gravedad para su economía, que requieran con carácter de emergencia la adopción de medidas de protección, podrá plantear la situación a la SGCA, la cual, si considera fundada la petición, podrá autorizar la aplicación de medidas adecuadas, para lo cual dispondrá de un plazo de siete días continuos. El pronunciamiento definitivo de la SGCA sobre la alteración de las condiciones normales de competencia determinará, en

todo caso, el mantenimiento, modificación o suspensión de las medidas de emergencia autorizadas. Las medidas que se adopten de conformidad con este artículo no podrán significar una disminución de las corrientes de comercio existentes antes de la devaluación.

2.2. La Decisión 389 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena

La Decisión 389¹⁶, Reglamento para la aplicación de la cláusula de salvaguardia prevista en el artículo 78 (hoy artículo 95) del Acuerdo de Cartagena, regula el procedimiento a seguir para solicitar a la Junta (la SGCA) autorización para aplicar una salvaguardia por desequilibrio en la balanza de pagos global, así como las medidas correctivas en las que se pueden expresar dicha salvaguardia: recargos a las importaciones; prescripciones en materia de depósito previo a la importación u otras medidas que repercutan en el precio de las mercaderías; y, de manera excepcional, restricciones cuantitativas cuando, debido a una situación crítica en la balanza de pagos, las medidas basadas en los precios no puedan impedir su brusco empeoramiento.

3. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE SALVAGUARDIAS: 1987-2017

En la presente sección se resumen los criterios jurídicos esbozados por el TJCA con relación a las salvaguardias previstas en el capítulo XI del Acuerdo de Cartagena, contenidos en la jurisprudencia emitida desde 1987 y hasta antes del 2018.¹⁷

16 De la Comisión del Acuerdo de Cartagena, de fecha 2 de julio de 1996, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 211 del 17 de julio de 1996.

17 Esta sección ha sido extraída de los siguientes documentos: (i) Anexo I del Voto disidente a la Sentencia del 26 de abril de 2018 emitida en el Proceso 04-AN-2015, sentencia

3.1. Salvaguardia por desequilibrio en la balanza de pagos global

Con relación a la salvaguardia por desequilibrio en la balanza de pagos, el Tribunal estableció en su jurisprudencia¹⁸, los siguientes criterios jurídicos:

- Es una medida sujeta a parámetros muy estrictos, y de naturaleza excepcional, correctiva, no discriminatoria y transitoria;
- Su aplicación requiere la autorización previa de la SGCA, excepto en casos de emergencia, situación en la cual el órgano ejecutivo del proceso de integración se pronunciará con posterioridad;
- Está concebida para corregir situaciones transitorias de desequilibrio de la balanza de pagos;
- Debe existir una relación de causa y efecto; es decir, se debe demostrar la incidencia que tienen las importaciones de origen subregional en el desequilibrio de la balanza de pagos global del país solicitante;

publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 3293 del 29 de mayo de 2018.

(ii) Anexo I del Informe 03-MP-TJCA-2018 del 31 de mayo de 2018 emitido en el Proceso 01-AN-2015.

(iii) Anexo II del Informe 04-MP-TJCA-2018 del 1 de junio de 2018 emitido en el Proceso 01-AN-2015.

Se puede tener acceso a los mencionados documentos siguiendo las pautas establecidas en el artículo 2 del Reglamento Interno del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, aprobado mediante el Acuerdo 01/2020 del 29 de junio de 2020, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 4011 del 30 de junio de 2020.

18 Interpretación Prejudicial 05-IP-90 de fecha 22 de julio de 1994, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 162 del 9 de setiembre de 1994; Sentencia del 17 de agosto de 1998 recaída en el Proceso 04-AN-97, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 373 del 21 de setiembre de 1998; Sentencia del 21 de julio de 1999 recaída en el Proceso 07-AI-98, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 490 del 4 de octubre de 1999; e, Interpretación Prejudicial 103-IP-2000 del 2 de mayo de 2001, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 677 del 13 de junio de 2001.

- La salvaguardia se aplica al país que ha originado la perturbación; y,
- Los países miembros procurarán que la salvaguardia no afecte el comercio de los productos incorporados al programa de liberación.

3.2. Salvaguardia por cumplimiento del programa de liberación

Tratándose de la salvaguardia por cumplimiento del programa de liberación, el Tribunal¹⁹ señaló los siguientes criterios jurídicos:

- Es una medida sujeta a parámetros muy estrictos, y de naturaleza correctiva, no discriminatoria y transitoria;
- Por su naturaleza excepcional, debe ser aplicada de manera restringida y no extensiva. Se trata de una medida excepcional y restrictiva aplicable a la importación de “productos” originarios del territorio de cualquier país miembro;
- Debe existir una relación de causa y efecto entre el incremento de las importaciones (fruto del programa de liberación) y los perjuicios graves (o amenaza de perjuicios graves) a la economía del país miembro o a un sector significativo de su actividad económica;
- Su aplicación requiere la autorización previa de la SGCA, excepto en casos de emergencia, supuesto en el cual el país miembro puede aplicar medidas correctivas provisio-

19 Interpretación Prejudicial 05-IP-90 del 22 de julio de 1994, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 162 del 9 de setiembre de 1994; Sentencia del 17 de agosto de 1998 recaída en el Proceso 04-AN-97, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 373 del 21 de setiembre de 1998; Sentencia del 5 de julio de 2000 recaída en el Proceso 46-AI-99, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 592 del 17 de agosto de 2000; e, Interpretación Prejudicial 103-IP-2000 del 2 de mayo de 2001, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 677 del 13 de junio de 2001.

nales unilaterales que están sujetas a pronunciamiento posterior del órgano ejecutivo del proceso de integración;

- Está sujeta al monitoreo de la SGCA, para evitar su prolongación en el tiempo;
- Mientras se aplique en forma unilateral, no podrá significar una disminución de las importaciones del producto o productos de que se trate, con respecto al promedio de los 12 meses anteriores;
- La medida adoptada debe causar el menor perjuicio posible al programa de liberación; y,
- Debe existir una relación directa entre la medida restrictiva (la salvaguardia) y su efecto sobre la disminución de las importaciones o en la posibilidad inminente de reducir las.

3.3. Salvaguardia por productos específicos (perturbación)

En el caso de la salvaguardia por productos específicos, la jurisprudencia del TJCA²⁰ determinó los siguientes criterios jurídicos:

20 Sentencia del 17 de agosto de 1998 recaída en el Proceso 04-AN-97, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 373 del 21 de setiembre de 1998; Interpretación Prejudicial 103-IP-2000 del 2 de mayo de 2001, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 677 del 13 de junio de 2001; Sentencia del 19 de agosto de 2003 recaída en el Proceso 23-AN-2002, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 991 del 2 de octubre de 2003; Sentencia del 7 de mayo de 2004 recaída en el Proceso 71-AN-2001, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 1086 del 25 de junio de 2004; Sentencia del 14 de abril de 2005 recaída en el Proceso 118-AI-2003, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 1206 del 13 de junio de 2005; Sentencia del 19 de abril de 2006 recaída en el Proceso 117-AN-2004, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 1347 del 25 de mayo de 2006; Sentencia del 17 de noviembre de 2006 recaída en el Proceso 214-AN-2005, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 1498 del 16 de mayo de 2007; e, Interpretación Prejudicial 111-IP-2011 del 15 de febrero de 2012, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 2046 del 27 de abril de 2012.

- Medida correctiva y de carácter provisional;
- No discriminatoria en su primera etapa, antes de ser revisada por la SGCA; sin embargo, una vez autorizada se aplica solo al país que ha originado la perturbación;
- Medida sujeta a un posterior procedimiento a cargo de la SGCA;
- Debe ser justificada, excepcional y autorizada;
- Debe existir una relación de causa (las importaciones) y efecto (la perturbación); es decir, la perturbación tiene que ser la consecuencia y resultado directo, inmediato y exclusivo, de las importaciones de un determinado producto que afectan al país miembro que decide aplicar la medida. La relación de causalidad es un elemento de especial consideración para la adopción de la medida por la SGCA y su posterior confirmación por el Tribunal;
- La SGCA debe verificar la perturbación en la producción nacional y el origen de las importaciones causantes de la misma, y emitirá su pronunciamiento a efectos de suspender, modificar o autorizar la medida. Debe verificarse la causa de la perturbación en la producción nacional y el origen de las importaciones, a efectos de suspender, modificar o autorizar las medidas por parte de la SGCA.
- Aplicable a los productos del país miembro en el que se originó la perturbación, después de que la medida ha sido aprobada por parte de la SGCA;
- Se debe garantizar el acceso a un volumen de comercio no inferior al promedio de los tres últimos años; y,
- Se debe procurar no afectar el comercio de productos incorporados dentro del programa de liberación.

3.4. Salvaguardia por devaluación monetaria

Respecto de la salvaguardia por devaluación monetaria, la jurisprudencia del Tribunal²¹ mencionó los siguientes criterios:

- La medida está sujeta a una interpretación restrictiva, como norma de excepción;
- Inicialmente la SGCA señala un término para la cesación de la medida de carácter no vinculante, es decir, bajo la fórmula de recomendación;
- Es una medida correctiva, transitoria y condicionada, puesto que se aplica «mientras subsista la alteración»;
- Su aplicación no puede significar disminución de los niveles de importación existentes antes de la devaluación;
- Corresponde al país miembro que adoptó la medida correctiva suspender sus efectos cuando hayan cesado los motivos que la originaron. Si el país miembro no lo hace, lo puede ordenar la SGCA o la Comisión, que tienen atribuciones para decidir en definitiva sobre el asunto;
- El país que devaluó puede pedir en cualquier momento a la SGCA que se pronuncie, adopte una resolución y suspenda la medida a pedido de parte, o niegue la suspensión, caso en el cual dicho país tiene derecho a recurrir ante la Comisión;
-

21 Sentencia del 10 de junio de 1987 recaída en el Proceso 1-N-86, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 21 del 15 de junio de 1987; Sentencia del 10 de junio de 1987 recaída en el Proceso 2-N-86, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 21 del 15 de junio de 1987; Sentencia del 17 de agosto de 1998 recaída en el Proceso 4-AN-97, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 373 del 21 de setiembre de 1998; e, Interpretación Prejudicial 103-IP-2000 del 2 de mayo del 2001, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 677 del 13 de junio de 2001.

- Debe existir una relación de causa y efecto; es decir, la devaluación ocurrida en otro u otros países miembros debe ser la causa de la perturbación en el país afectado (país solicitante de la medida correctiva);
- Se trata de una medida de duración indefinida pero condicionada, sujeta al permanente control de la SGCA; y,
- La SGCA tiene la facultad de mantener, modificar o suspender la medida de salvaguardia.

4. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE SALVAGUARDIAS ESTABLECIDOS EL 2018

El Proceso 04-AN-2015: salvaguardia por desequilibrio en la balanza de pagos global (sentencia del 26 de abril de 2018)

En los primeros meses del 2015, el saldo de la cuenta corriente de la balanza de pagos²²

22 «La balanza de pagos es un indicador macroeconómico que proporciona información sobre la situación económica del país de una manera general. Es decir, permite conocer todos los ingresos que recibe un país procedentes del resto del mundo y los pagos que realiza tal país al resto del mundo debido a las importaciones y exportaciones de bienes, servicios, capital o transferencias en un período de tiempo.

(...)

Cada una de estas balanzas [cuenta corriente, cuenta de capital, cuenta financiera y cuenta de errores y omisiones] dan un saldo independiente que puede ser positivo o negativo:

- **Superávit:** En el caso de que el saldo de un tipo de balanza sea positivo estaremos hablando de que la balanza está en superávit.
- **Déficit:** En el caso de que sea el saldo sea negativo.

Sin embargo, no se busca el equilibrio de cada una de estas balanzas por sí solas, sino el equilibrio global de la balanza de pagos. Por consiguiente, la balanza de pagos siempre estará en equilibrio, por ejemplo un déficit en la balanza por cuenta corriente será compensado con un superávit en la balanza por cuenta de capital. Ya que si un país tiene más compras que ventas, el dinero lo debe obtener por algún lado, bien por

global del Ecuador era deficitaria²³, lo que significa que salían más dólares del país de los que entraban. Este fenómeno acaeció debido, principalmente, a la caída del precio internacional del petróleo, que de US\$ 91 en enero de 2014 bajó a US\$ 53 en diciembre del mismo año²⁴. Tratándose de un país cuyos ingresos del exterior provienen en gran medida de sus exportaciones de petróleo, la caída del precio de este hidrocarburo implicó una importante

medio de inversiones o préstamos extranjeros.»

Economipedia, Balanza de Pagos, sitio web de Economipedia, 24 de enero de 2016.

Disponible en: <https://economipedia.com/definiciones/balanza-de-pagos.html> (Consulta realizada el 10 de octubre de 2020)

- 23 «El saldo de la cuenta corriente de la balanza de pagos en el primer trimestre del 2015 registró el mayor déficit comparado con iguales períodos desde que Ecuador se dolarizó. En esta cuenta corriente se registran los dólares que entran y salen por exportaciones e importaciones de bienes y servicios, por renta, y por otras transferencias.
(...)

Este deterioro de la cuenta corriente durante los tres primeros meses del 2015 se explica por dos factores: **la caída del precio del petróleo** y la caída de las remesas de los migrantes, que vienen reduciéndose desde hace algunos años.»

Mónica Orozco, *Déficit del primer trimestre en cuenta corriente, el peor desde la dolarización*, El Comercio, 2015.

Disponible en: <https://www.elcomercio.com/actualidad/deficit-primer-trimestre-cuenta-corriente.html> (Consulta efectuada el 10 de octubre de 2020)

- 24 «La baja del precio del petróleo, dada, según analistas, por una sobreoferta de los principales socios de la OPEP (Organización de Países Exportadores de Petróleo), que se niegan a disminuir su producción, empezó a sentirse en agosto pasado. Pero de manera más estrepitosa las últimas semanas del año. Hasta el miércoles 31 de diciembre el crudo WTI (West Texas Intermediate), que sirve de referencia para el que vende el país, se ubicó en \$ 53,27, cuando a inicios de año superaba los \$ 91. El ecuatoriano (Oriente y Napo) llegó el 22 de diciembre (último corte) a \$ 48, según el Sistema Nacional de Información; en el primer semestre estaba arriba de \$ 92.»

El petróleo cae y complica la economía de Ecuador este 2015. *El Universo*, 2015. Disponible en: <https://www.eluniverso.com/noticias/2015/01/04/nota/4396261/petroleo-cae-complica-economia-este-2015> (consultado el 3 de octubre de 2020)

reducción en el ingreso de dólares del exterior.

Con el fin de corregir el desequilibrio en su balanza de pagos, mediante Resolución 011-2015 del Comité de Comercio Exterior (COMEX) del 6 de marzo de 2015²⁵, el gobierno ecuatoriano decidió establecer una sobretasa arancelaria temporal y no discriminatoria *ad valorem* de 45%, 25%, 15% y 5% sobre distintas subpartidas arancelarias, desde alimentos y bebidas hasta artículos de limpieza y electrodomésticos. Asimismo, excluyó de la aplicación de la salvaguardia a las importaciones provenientes de países de menor desarrollo relativo miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), Bolivia y Paraguay²⁶, conforme a la Resolución 70 del Comité de Representantes de la ALADI.

La medida fue comunicada a la SGCA. Los gobiernos de Colombia y Perú, así como gremios empresariales peruanos²⁷, se opusieron a la salvaguardia ecuatoriana.

Por Resolución 1777 del 8 de abril de 2015²⁸, la SGCA admitió a trámite la solicitud de autorización de Ecuador y dispuso la apertura de

25 Publicada en el Suplemento del Registro Oficial del Ecuador 456 del 11 de marzo de 2015.

26 **Resolución 6 del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores de las Partes Contratantes de la ALADI del 12 de agosto de 1980.-**

«SEGUNDO. A los efectos de la aplicación de los tratamientos diferenciales previstos en el Tratado de Montevideo 1980, suscrito el 12 de agosto de 1980, se considerarán:

a) Países de menor desarrollo económico relativo: Bolivia, Ecuador y Paraguay;

b) Países de desarrollo intermedio: Colombia, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela; y

c) Otros países miembros: Argentina, Brasil y México.»

27 La Cámara de Comercio de Lima, la Sociedad Nacional de Comercio Exterior del Perú, la Sociedad Nacional de Industrias de Perú y la Asociación de Exportadores del Perú - ADEX.

28 Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 2469 en la misma fecha.

la investigación correspondiente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 95 del Acuerdo de Cartagena y la Decisión 389.

Mediante Resolución 1784 del 2 de junio de 2015²⁹, la SGCA autorizó la medida de salvaguardia por desequilibrio de la balanza de pagos global de Ecuador, por un plazo máximo de un año contado desde el 11 de marzo de 2015. Asimismo, exceptuó a Bolivia de la aplicación de la referida medida, debido a su condición de país de menor desarrollo relativo dentro de la Comunidad Andina y tomando en cuenta su enclaustramiento geográfico.

El 9 de setiembre de 2015, Perú presentó demanda ante el TJCA solicitando la nulidad del pronunciamiento de la SGCA que había autorizado la salvaguardia ecuatoriana. En su demanda y alegatos finales, Perú argumentó que la Resolución 1784 de la SGCA era nula por falta de motivación, pues pese a que tanto Perú como Colombia alegaron que el desequilibrio de la balanza de pagos del Ecuador obedecía a problemas estructurales, la SGCA no incluyó en su análisis dicho aspecto. Asimismo, alegó que la SGCA no había verificado la situación de la balanza de pagos ecuatoriana conforme a la normativa andina, pues de esta no se desprendería que la SGCA únicamente debía evaluar los siguientes factores: (i) una disminución importante de las reservas internacionales; (ii) una amenaza inminente de disminución de reservas internacionales; y, (iii) que las reservas internacionales eran muy exiguas y se requería aumentarlas de acuerdo a una proporción razonable. Adicionalmente, arguyó que la salvaguardia autorizada por la SGCA era discriminatoria al excluir de su aplicación a Bolivia y, en consecuencia, violatoria de lo dispuesto

en el artículo 95 del Acuerdo de Cartagena. Finalmente, Perú señaló que la SGCA había omitido pronunciarse sobre la exclusión de Paraguay, exclusión contraria al principio de nación más favorecida contemplado en el artículo 139 del Acuerdo de Cartagena³⁰.

La SGCA contestó la demanda solicitando que sea declarada infundada en todos sus extremos³¹. En su escrito de contestación y alegatos finales, la SGCA argumentó que a pesar de que la normativa comunitaria aplicable a la solicitud del Ecuador no exigía que se analicen los factores estructurales, que en este caso habían afectado la economía ecuatoriana, dichos factores sí habían sido considerados en su análisis. Asimismo, respecto de que no se había verificado la situación de la balanza de pagos ecuatoriana conforme a la normativa andina, la SGCA alegó que la normativa andina no especificaba una metodología para el análisis del desequilibrio de una balanza de pagos, y que diversos pronunciamientos³² señalaban que el análisis de las reservas internacionales, entre otros factores, eran requeridos para conocer el aludido desequilibrio, razón por la cual en la Resolución 1784 se decidió tomar en consideración si las reservas internacionales registra-

30 «**Artículo 139.-** Cualquier ventaja, favor, franquicia, inmunidad o privilegio que se aplique por un País Miembro en relación con un producto originario de o destinado a cualquier otro país, será inmediata e incondicionalmente extendido al producto similar originario de o destinado al territorio de los demás Países Miembros.

Quedan exceptuados del tratamiento a que se refiere el inciso precedente, las ventajas, favores, franquicias, inmunidades y privilegios ya concedidos o que se concedieran en virtud de convenios entre Países Miembros o entre Países Miembros y terceros países, a fin de facilitar el tráfico fronterizo.»

31 Ecuador se personó al proceso en calidad de coadyuvante de la SGCA.

32 Del TJCA, del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, publicaciones especializadas y opiniones de expertos de la academia.

29 Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 2509 el mismo día.

ron reducciones importantes, o si existía una amenaza de disminución importante, o si sus niveles eran exigüos y se requería aumentarlos. Finalmente, sobre la exclusión de Paraguay, la SGCA mencionó que no entendía cómo la demandante relacionaba el hecho de que la salvaguardia autorizada a favor del Ecuador, sin discriminación respecto de las importaciones provenientes de Paraguay, implicaba una violación del principio de nación más favorecida.

El 26 de abril de 2018, el Tribunal emitió Sentencia³³ sin llegar a una posición unánime. El voto en mayoría declaró infundada en todos sus extremos la demanda. Respecto del desequilibrio en la balanza de pagos global del Ecuador, dicho voto sostuvo que, si bien la SGCA no había realizado un análisis de los factores estructurales de la economía ecuatoriana que generaron el desequilibrio de su balanza de pagos, esta omisión resultaba intrascendente respecto de la validez de la Resolución 1784. Lo relevante era que la SGCA sí había analizado los factores coyunturales que habían incidido en el desequilibrio de la balanza de pagos global.

Tratándose de la verificación de la situación de la balanza de pagos ecuatoriana conforme a la normativa andina, para los magistrados que conformaban la posición en mayoría la decisión de la SGCA de acudir a otras fuentes del derecho, ante la falta de regulación de una metodología sobre la materia en cuestión, fue pertinente. Sobre este punto, coincidió con la SGCA respecto de que el análisis del desequilibrio de una balanza de pagos debía tomar en cuenta la razón por la cual el país miembro solicitaba la autorización de la medida. En este caso, Ecuador había adoptado la medida con el propósito

de regular el nivel general de las importaciones, garantizar la liquidez de su economía y evitar la disminución de las reservas internacionales generada, principalmente, por la baja en los precios internacionales del petróleo.

Respecto de la exclusión de Bolivia, para la posición en mayoría del TJCA, de una interpretación teleológica y sistemática de los artículos 3 (literal j) y 109 del Acuerdo de Cartagena se desprendía que el trato preferencial reconocido a Bolivia (y a Ecuador) se aplicaba también a las salvaguardias comerciales, por lo que la exclusión de Bolivia de la salvaguardia ecuatoriana no resultaba discriminatoria. Finalmente, tratándose de la exclusión de Paraguay, para el voto en mayoría, la SGCA había autorizado la salvaguardia por desequilibrio en la balanza de pagos sin discriminación alguna debido a que, en el marco de sus atribuciones previstas en el artículo 95 del Acuerdo de Cartagena, había modificado la Resolución 011-2015 del COMEX, excluyendo a Paraguay de su aplicación.

El voto en minoría³⁴ sostuvo que la mayoría no tomó en consideración los criterios jurisprudenciales expuestos en el párrafo 4.1 del presente capítulo, como tampoco analizó si la Resolución 1784 había violado o no el objeto, contenido y alcance del artículo 95 del Acuerdo de Cartagena³⁵. El referido voto advirtió que este tipo de salvaguardia tenía por objeto corregir el desequilibrio en la balanza de pagos global de un país miembro ocasionado por las importaciones de otro u otros países miembros; es decir, que su aplicación estaba condicionada

33 Reaída en el Proceso 04-AN-2015, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 3293 del 29 de mayo de 2018.

34 Sostenido por 2 magistrados del TJCA, entre ellos, el autor del presente capítulo.

35 El voto en minoría precisó que el parámetro de control no solo es el texto de la norma andina sino también la interpretación auténtica de dicha norma realizada por el TJCA a través de sus interpretaciones prejudiciales, en las que define el objeto, contenido y alcance de la normativa andina.

a que el desequilibrio que se pretendía corregir hubiese sido producido por las importaciones provenientes de uno o más de los países miembros de la Comunidad Andina. Asimismo, hizo un recuento de las características comunes a esta salvaguardia³⁶, y en tal sentido señaló que se trataba de una medida de naturaleza correctiva, no discriminatoria y transitoria; que debía existir una relación de causa y efecto entre las importaciones de origen subregional y el desequilibrio existente; que debía aplicarse al país que había originado la perturbación; y que la restricción impuesta debía procurar no afectar el comercio de los productos incorporados al programa de liberación.

Para el voto en minoría, en materia de salvaguardia por desequilibrio en la balanza de pagos global, ni la normativa andina ni la jurisprudencia previa del TJCA contemplaban un tratamiento especial en beneficio de Ecuador o Bolivia (países con menor grado de desarrollo), como sí lo hacían expresamente respecto de otro tipo de medidas³⁷, por lo que en su opinión la medida sí era discriminatoria. Respecto de la exclusión de Paraguay, la posición en minoría precisó que la mayoría confundió lo cuestionado por la demandante, pues esta no había sostenido que la Resolución 1784 era nula porque se había excluido a Paraguay de la aplicación de la salvaguardia, sino por falta de motivación, pues dicha resolución no había analizado si tal exclusión constituía o no una violación al principio de nación más favorecida.

Adicionalmente, el voto en minoría explicó que la salvaguardia solo se hubiese justificado si las importaciones provenientes de los demás países miembros de la Comunidad Andina eran la única causa, o una de las principales causas, del desequilibrio en la balanza de pagos ecuatoriana. De lo contrario, la salvaguardia no tendría la naturaleza de medida correctiva. Si las importaciones provenientes de Colombia y Perú no eran la causa, o una de las causas, del desequilibrio en la balanza de pagos, la salvaguardia aplicada a dichas importaciones carecía de sentido, pues no habría corregido la causa real del desequilibrio. Se trataría de una salvaguardia injustificada y desproporcionada que afectaba a las importaciones andinas.

La posición en minoría constató, de la información económica que obraba en el expediente, que las importaciones provenientes de Perú y Colombia habían sido proporcionalmente menores a las importaciones provenientes de otros países. No solo eso, también evidenció que en la relación comercial que Ecuador tenía con Perú y Colombia, las exportaciones hacia Ecuador habían disminuido en mayor grado que las exportaciones desde Ecuador. Así, por ejemplo, en el año 2014, las importaciones provenientes de Colombia y Bolivia habían disminuido en 4,6 % y las provenientes de Perú habían decrecido en 8,3 %, mientras que las provenientes de otros países habían aumentado en 16,2 %. Para el voto en minoría, las importaciones provenientes de Colombia y Perú no estaban relacionadas con el desequilibrio en la balanza de pagos global de Ecuador, fenómeno más bien relacionado con la disminución del precio de las exportaciones petróleo ecuatoriano. Para ver el voto en minoría, observar el Gráfico 1.

36 Recogidas en la Interpretación Prejudicial 103-IP-2000 del 2 de mayo de 2001, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 677 del 13 de junio de 2001.

37 Como es el caso de las medidas correctivas previstas en los artículos 90 y 96 del Acuerdo de Cartagena.

Gráfico 1



Para los magistrados que votaron en minoría, el análisis efectuado por la SGCA fue errado. Al no haber evaluado este órgano comunitario si las importaciones provenientes de los demás países andinos eran la causa, o una de las causas, del déficit comercial, no se percató que la balanza de pagos entre Ecuador y Perú había sido superavitaria para el primero, lo que significaba que en realidad su relación comercial con Perú había sido beneficiosa en términos de mitigar el desequilibrio en la balanza de pagos global originada por la caída del precio del petróleo.

Como se puede advertir, el voto en mayoría no analizó como requisito de la medida adoptada por el Ecuador la “relación causal”, es decir, que el incremento de las importaciones provenientes de uno o más países miembros debía ser la causa, o al menos una de las causas, del desequilibrio en su balanza de pagos global. En cambio, el voto en minoría consideró que dicho requisito sí era exigible, además de que la salvaguardia debía tener carácter correctivo, temporal y excepcional, por lo que estaba sujeta a una interpretación restrictiva.

Proceso 01-AN-2015: salvaguardia por devaluación monetaria (sentencia del 23 de agosto de 2018)

Según Ecuador, desde el 2013 se habría iniciado un proceso de depreciación paulatina del peso colombiano y el sol peruano, con una profundización en los últimos meses del 2014, lo cual habría provocado una pérdida de com-

petitividad de las exportaciones ecuatorianas. Por esta razón, el 24 de diciembre de 2014, Ecuador solicitó a la SGCA autorización para aplicar una salvaguardia por devaluación monetaria con carácter de emergencia.

Días después, y mediante Resolución 050 del COMEX del 29 de diciembre de 2014³⁸, Ecuador resolvió aprobar la aplicación de una medida correctiva en los términos del artículo 98 del Acuerdo de Cartagena (salvaguardia cambiaria) para los productos originarios de Perú y Colombia, consistente en un derecho aduanero *ad valorem* del 7% sobre productos peruanos y del 21% sobre productos colombianos, a partir del 5 de enero de 2015. Como es evidente, Perú y Colombia se opusieron a la referida salvaguardia.

Luego del análisis correspondiente, mediante Resolución 1762 del 6 de febrero de 2015³⁹, la SGCA concluyó que para el periodo comprendido entre julio y diciembre de 2014 se había verificado una depreciación en términos generales de 26,1% del peso colombiano y 6,1% de sol peruano, pero como resultado de causas exógenas a la sola intervención de los bancos centrales colombiano y peruano. Respecto de la alteración de las condiciones normales de competencia, verificó que en el periodo comprendido entre agosto y diciembre de 2014 no había existido relación causal entre el deterioro de la balanza comercial del Ecuador y la depreciación de las monedas colombiana y peruana. En opinión de la SGCA, el déficit en dicha balanza era consecuencia de las condiciones de la relación comercial existente entre Ecuador y China.

38 Publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial del Ecuador 408 del 5 de enero de 2015.

39 Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 2448 el mismo día.

En efecto, tratándose del perjuicio aludido y su eventual relación con la depreciación del peso colombiano y el sol peruano, la SGCA no encontró una relación causal entre el deterioro de las exportaciones ecuatorianas y la depreciación de las monedas colombiana y peruana, siendo que el déficit en la balanza comercial se explicaba, principalmente, por el comercio con China. En ese sentido, la SGCA denegó la autorización para la aplicación de la salvaguardia prevista en el artículo 98 del Acuerdo de Cartagena, propuesta por el gobierno ecuatoriano en contra de las importaciones originarias de Colombia y Perú y, en consecuencia, resolvió que el gobierno ecuatoriano debía disponer su levantamiento de manera inmediata.

El pronunciamiento de la SGCA no fue satisfactorio para Ecuador, por lo que el 6 de marzo de 2015 presentó una demanda ante el TJCA solicitando la nulidad de la Resolución 1762, y argumentando, principalmente⁴⁰, que para la aplicación de la salvaguardia cambiaria prevista en el artículo 98 del Acuerdo de Cartagena se requerían como únicas condiciones habilitantes: (i) la verificación de la devaluación monetaria hecha por un país miembro diferente al solicitante, y (ii) la alteración en las condiciones normales de competencia en dicho país; por lo que, en su opinión, la resolución de la SGCA había desnaturalizado el carácter preventivo de la medida de emergencia, sugiriendo que sea únicamente de carácter correctivo al señalar que para emitir su dictamen, ella debía verificar previamente la existencia de perjuicios inmediatos y medibles en el mercado del país miembro solicitante. Adicionalmente, argumentó que la SGCA había realizado una in-

necesaria distinción entre depreciación y devaluación, cuando el artículo 98 del Acuerdo de Cartagena habla de devaluación y los precedentes de la propia SGCA señalaban que los términos devaluar o depreciar significaban lo mismo.

La SGCA contestó la demanda solicitando que sea declarada infundada⁴¹. En su escrito de contestación y alegatos finales, la SGCA argumentó, principalmente, que el artículo 98 dispone que la medida debe ser “efectuada” por un país miembro, lo que implica la presencia de algún elemento de intervención administrativa en el mercado con el fin de alterar las condiciones de competencia, comprobándose en el caso concreto que las intervenciones realizadas por los bancos centrales de los países vecinos no habían tenido fines competitivos, sino todo lo contrario, habían sido efectuadas con el objetivo de evitar una mayor caída del valor de sus monedas locales. En lo que respecta al nexo causal, señaló que había analizado la alteración en las condiciones de competencia, la cual sí había existido, pero que en lo sustantivo se había originado por causas ajenas a las depreciaciones de las monedas colombiana y peruana. Finalmente, sostuvo que, en cuanto al perjuicio —o la perturbación—, se comprobó que no se había producido un efecto negativo en los flujos comerciales ecuatorianos, presentándose además un superávit respecto del Perú.

El 23 de agosto de 2018, el Tribunal adoptó Sentencia⁴² con la disidencia parcial de uno de

40 En su escrito de demanda y alegatos finales.

41 En este punto, cabe mencionar que Perú se apersonó al proceso en calidad de coadyuvante de la SGCA.

42 Recaída en el Proceso 01-AN-2015, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 3369 del 13 de setiembre de 2018.

los magistrados⁴³. El TJCA declaró infundada en todos sus extremos la demanda presentada por Ecuador. Con este fallo, el TJCA regresó a la línea jurisprudencial detallada en la sección 4 del presente capítulo, tal como se aprecia en el siguiente criterio jurisprudencial —adoptado por unanimidad— contenido en dicha providencia judicial:

...se advierten como características comunes a todas las modalidades de salvaguardias (por desequilibrio en la balanza de pagos, por cumplimiento del Programa de Liberación, de productos específicos y por devaluación monetaria), las siguientes:

- (i) Son medidas de naturaleza correctiva.
- (ii) Son medidas de carácter transitorio.
- (iii) Son medidas de carácter excepcional, por lo que están sujetas a una interpretación restrictiva, y solo pueden ser conferidas en estricto cumplimiento de todos y cada uno de sus requisitos.
- (iv) Les es exigible el requisito de la “relación causal”. Ello es así debido a la naturaleza correctiva de todas estas medidas. Al ser las salvaguardias medidas correctivas, lo que buscan corregir se encuentra vinculado con aquello que causa el daño o la amenaza de daño. Si las importaciones provenientes de otro país miembro no son la causa, o no coadyuvan a la causa, del desequilibrio en la balanza de pagos global¹⁰, de los perjuicios graves a la economía del país¹¹, de la perturbación en la pro-

ducción nacional¹² o de la alteración de las condiciones normales de competencia¹³, carece de sentido afectar dichas importaciones a través de la aplicación de alguna de las cuatro modalidades de salvaguardias antes mencionadas.

Las importaciones o el incremento de determinadas importaciones tienen que ser el hecho causal, o contribuir como hecho causal, del daño o amenaza de daño, siendo que este daño puede ser el desequilibrio en la balanza de pagos global, los perjuicios graves a la economía del país, la perturbación en la producción nacional o la alteración de las condiciones normales de competencia, según la salvaguardia de que se trate.

- (v) Deben ser proporcionales al hecho que las genera. Esto significa que se procurará que no afecten el comercio de los productos incorporados al Programa de Liberación¹⁴, no podrán implicar una disminución de las importaciones del producto o productos de que se trate (con respecto a los doce meses anteriores)¹⁵, se deberá garantizar el acceso de un volumen de comercio no inferior al promedio de los tres últimos años¹⁶, o no podrán significar una disminución de los niveles de importación existentes antes de la devaluación¹⁷, según la salvaguardia de que se trate.»

«10 Este es el efecto que habilitaría la aplicación de la medida correctiva denominada salvaguardia por desequilibrio en la balanza de pagos global prevista en el artículo 95 del Acuerdo de Cartagena.

11 Este es el efecto que habilitaría la aplicación de la medida correctiva denomi-

43 El disenso parcial se dio respecto de los párrafos 3.2.28 al 3.4.26 de la Sentencia.

nada salvaguardia por el cumplimiento de programa de liberación prevista en el artículo 96 del Acuerdo de Cartagena.

- 12 Este es el efecto que habilitaría la aplicación de la medida correctiva denominada salvaguardia de productos específicos prevista en el artículo 97 del Acuerdo de Cartagena.
- 13 Este es el efecto que habilitaría la aplicación de la medida correctiva denominada salvaguardia por devaluación monetaria prevista en el artículo 98 del Acuerdo de Cartagena
- 14 Para el caso de la salvaguardia por desequilibrio en la balanza de pagos global prevista en el artículo 95 del Acuerdo de Cartagena.
- 15 Para el caso de la salvaguardia por el cumplimiento de programa de liberación prevista en el artículo 96 del Acuerdo de Cartagena.
- 16 Para el caso de la salvaguardia de productos específicos prevista en el artículo 97 del Acuerdo de Cartagena.
- 17 Para el caso de la salvaguardia por devaluación monetaria prevista en el artículo 98 del Acuerdo de Cartagena.

El criterio jurídico citado guarda correspondencia conceptual con la jurisprudencia emitida por el TJCA (sentencias e interpretaciones prejudiciales) desde 1987 hasta antes del 2018, relacionada con las salvaguardias reguladas en el capítulo XI del Acuerdo de Cartagena, tal como se explicó en la sección 4 del presente trabajo.

Luego de exponer los criterios generales de todas las salvaguardias reguladas en el Acuerdo

de Cartagena, la sentencia, por unanimidad, se centró en el objeto, contenido y alcance de la salvaguardia por devaluación monetaria, precisando que del artículo 98 del Acuerdo de Cartagena y de la jurisprudencia previa desarrollada por el TJCA⁴⁴ se advertían los siguientes requisitos sustantivos aplicables a este tipo de salvaguardia:

- (i) Que se haya producido una devaluación monetaria efectuada por un país miembro (causa).
- (ii) Que dicha devaluación altere las condiciones normales de competencia de otro país miembro (efecto). Esta alteración implica un cambio significativo en las importaciones y exportaciones del país miembro afectado⁴⁵.
- (iii) La existencia de relación causal; es decir, la devaluación monetaria efectuada por un país miembro tiene que ser la causa de la alteración de las condiciones normales de competencia (efecto) en el país miembro que solicita la salvaguardia por devaluación monetaria (medida correctiva). Por ello, la SGCA deberá verificar la perturbación que produce en el país afectado (país solicitante de la medida correctiva) la devaluación ocurrida en otro de los países miembros.

⁴⁴ Sentencias recaídas en los Procesos 1-N-86 del 10 de junio de 1987, 2-N-86 del 10 de junio de 1987 y 4-AN-97 del 17 de agosto de 1998, así como la Interpretación Prejudicial 103-IP-2000 del 2 de mayo de 2001 (todas ellas mencionadas en la sección 4 del presente capítulo).

⁴⁵ Respecto de este requisito, la Sentencia precisa que, a raíz de la devaluación monetaria, en el país miembro afectado se incrementan de modo significativo las importaciones provenientes del país miembro que implementó la devaluación monetaria y, a su vez, se reducen significativamente las exportaciones del país miembro afectado que se dirigen al país miembro que implementó la devaluación monetaria.

Para el análisis de este requisito, previamente, se tiene que demostrar el cumplimiento de los requisitos sustantivos (i) y (ii). Por tanto, bastaría que no se demuestre el cumplimiento de los requisitos sustantivos (i) o (ii) para que carezca de sentido analizar la existencia de la relación causal.

(iv) Que la medida sea correctiva y transitoria (mientras subsista la alteración), dentro de las recomendaciones de la SGCA, y que su aplicación no signifique una disminución de los niveles de importación existentes antes de la devaluación.

Para explicar con mayor claridad los referidos requisitos sustantivos, la sentencia utilizó el Gráfico 2.

La sentencia, por unanimidad, precisó que la causa de la alteración de las condiciones normales de competencia en el país miembro solicitante de la salvaguardia debe ser la devaluación monetaria efectuada por otro país miembro y que, en consecuencia, la medida correctiva resulta ser la aplicación de una salvaguardia por devaluación monetaria de conformidad con lo establecido en el artículo 98 del Acuerdo de Cartagena. Agregó que, no se cumpliría el requisito de la relación causal si la causa, o principal causa de la alteración de las condiciones normales de competencia, fuese distinta a la devaluación monetaria efectuada por un país miembro, tal como lo explican los Gráficos 3 y 4, contenidos en la sentencia.

Adicionalmente, la sentencia, por unanimidad, señaló que se debían tener en cuenta las siguientes consideraciones adicionales: (i) cualquiera de los países miembros puede pedir a la Comisión una decisión definitiva del asunto; (ii) el país miembro que devaluó puede pedir a

Gráfico 2



Gráfico 3



(*) Situación distinta a la devaluación monetaria efectuada por un país miembro.

Gráfico 4



(*) Situación distinta a la devaluación monetaria efectuada por X.

(**) Con incidencia mínima en las importaciones/exportaciones de Y (país miembro solicitante de la medida correctiva).

la SGCA, en cualquier momento, que revise la situación, a fin de atenuar o suprimir las mencionadas medidas correctivas.

El dictamen de la SGCA puede ser enmendado por la Comisión; y, (iii) al ser una medida de carácter excepcional, está sujeta a una interpretación restrictiva, por lo que solo puede ser conferida en estricto cumplimiento de todos y cada uno de sus requisitos.

Luego de explicar los criterios comunes a todas las modalidades de salvaguardias y centrarse en las características de la salvaguardia por devaluación monetaria, la sentencia procedió a ana-

lizar si la solicitud —con carácter de emergencia— para la adopción de la medida correctiva regulada en el artículo 98 del Acuerdo de Cartagena (salvaguardia por devaluación monetaria), presentada por Ecuador, había cumplido o no con los requisitos antes referidos.

Antes de evaluar el primer requisito —que un país miembro haya efectuado una devaluación monetaria, la cual debe ser la causa de la alteración⁴⁶ de las condiciones normales de competencia en el país miembro afectado—, la posición mayoritaria del TJCA consideró necesario conceptualizar el término “devaluación monetaria” y diferenciarlo del término “depreciación monetaria”. En ese sentido, precisó que la devaluación monetaria a que se refiere el artículo 98 del Acuerdo de Cartagena consiste en la alteración del tipo de cambio efectuada por el poder ejecutivo de un país miembro (o su banco central⁴⁷) con el objeto de que la moneda local (por ejemplo, el peso colombiano o el sol peruano) pierda valor frente a la moneda extranjera (por ejemplo, el dólar de los Estados Unidos de América). Mientras que, la depreciación monetaria ocurre cuando dicha pérdida de valor se origina por la interacción entre la oferta y demanda de ambas divisas sin intervención del poder ejecutivo del país miembro (o de su banco central). Añadió que, la devaluación monetaria puede ocurrir tanto en el sistema de cambio fijo como en el sistema de cambio flotante. En este segundo caso,

la devaluación se suele ejecutar mediante la compra de la moneda extranjera (por ejemplo, dólares americanos) por parte del respectivo banco central. Dado que esta clase de banco suele comprar y vender dólares americanos con el fin de controlar la volatilidad del tipo de cambio (para evitar cambios bruscos del tipo de cambio), debe diferenciarse la compra ordinaria que tiene por objeto el control de la volatilidad del tipo de cambio de una auténtica devaluación monetaria.

Dicho esto, la posición mayoritaria concluyó que habrá devaluación monetaria —en los términos del artículo 98 del Acuerdo de Cartagena— en un sistema de cambio flotante cuando la compra significativa de una moneda extranjera (por ejemplo, dólares americanos) por parte del banco central origine que la moneda local pierda valor frente a la moneda extranjera en un periodo de tiempo suficiente para incrementar las exportaciones y reducir las importaciones⁴⁸, por lo que la devaluación monetaria

46 La Sentencia precisó que esta alteración consiste en que se incrementan sustancialmente las importaciones provenientes del país miembro que implementó la devaluación y, a su vez, disminuyen significativamente las exportaciones que se dirigen al país miembro que devaluó su moneda.

47 Los Bancos Centrales de los países miembros de la Comunidad Andina son: (i) Banco Central de Bolivia; (ii) Banco Central del Ecuador; (iii) Banco de la República de Colombia; y, (iv) Banco Central de Reserva del Perú.

48 Para entender claramente la vinculación entre, de un lado, la devaluación monetaria y, del otro, el incremento de las exportaciones y la reducción de las importaciones, la Sentencia planteó el siguiente ejemplo con el sol peruano y el dólar americano. Asumamos (de manera hipotética) que en el Perú el tipo de cambio es $US\$ 1 = S/ 2$. Luego, el Banco Central de Reserva del Perú procede a comprar dólares (de manera significativa), logrando que el tipo de cambio llegue a $US\$ 1 = S/ 4$.

Si antes de la devaluación el precio final del producto “X” a ser exportado era de $S/ 10$ (equivalente a $US\$ 5$), luego de la devaluación su precio final seguirá siendo $S/ 10$, pero en dólares americanos pasará a ser de $US\$ 2,5$. Su precio de exportación ha disminuido con la devaluación (con la devaluación monetaria las exportaciones tienden a incrementarse, pero no debido a una mayor eficiencia económica, sino como consecuencia de dicha devaluación).

Asimismo, si antes de la devaluación un producto importado costaba $US\$ 10$, al consumidor peruano le costaba $S/ 20$. Luego de la devaluación, al consumidor peruano el mismo producto le cuesta $S/ 40$ (la devaluación produce un impacto en las importaciones, las que tienden a

suele tener un efecto doble: abarata el precio de exportación de los productos fabricados en el país que devalúa su moneda y encarece en dicho país el precio de importación de los productos que vienen del extranjero.

Luego de esta precisión, la posición mayoritaria procedió a analizar si Ecuador, al momento de solicitar autorización para la aplicación de la medida correctiva regulada en el artículo 98 del Acuerdo de Cartagena, había cumplido o no con el requisito sustantivo consistente en que se haya producido una devaluación monetaria efectuada por un país miembro. Para ello, primero evaluó la relación Perú-Ecuador, y luego la relación Colombia-Ecuador.

Respecto de la presunta devaluación monetaria efectuada por Perú, la posición mayoritaria advirtió que Perú había reducido significativamente la compra de dólares en el año 2013, comparado con lo que había adquirido el año 2012. Y en el año 2014, periodo dentro del cual se habría producido la presunta “devaluación monetaria”⁴⁹, la información proporcionada demostró que el Banco Central de Reserva del Perú, en lugar de comprar dólares, había procedido a venderlos, todo lo contrario a una devaluación monetaria, por lo que las cifras evidenciaban que la subida del tipo de cambio se había debido a factores distintos a una presunta devaluación monetaria. Esto es, en el caso peruano, resultó manifiestamente evidente que no había habido devaluación monetaria alguna en el año 2014, pues el banco central peruano no había comprado dólares ese año, sino que los había vendido.

disminuir debido a que los productos importados en dólares americanos se han vuelto más caros).

49 De julio a diciembre de 2014, según lo alegado por Ecuador en su solicitud para la adopción de la medida correctiva regulada en el artículo 98 del Acuerdo de Cartagena (salvaguardia por devaluación monetaria).

Tratándose de la presunta devaluación monetaria efectuada por Colombia, la posición mayoritaria mencionó que en el año 2014, periodo dentro del cual se habría producido la presunta “devaluación monetaria”⁵⁰, Colombia había comprado menos dólares que en los promedios mensuales de los años 2011 y 2012, y en los últimos meses del año 2014 había comprado inclusive en menor cantidad que en tales promedios. Asimismo, mencionó que en el año 2014, Colombia, en lugar de comprar más dólares —de manera significativa—, había adquirido en menor cantidad la divisa estadounidense, razón por la cual no era posible asumir que había habido devaluación monetaria en los términos del artículo 98 del Acuerdo de Cartagena.

Con esta última Sentencia, y consciente de los beneficios del programa de liberación, el TJCA ha establecido criterios que fortalecen el libre comercio; esto es, requisitos exigentes y concurrentes para que un país miembro imponga una medida de salvaguardia que afecte las importaciones provenientes de otro u otros países miembros. La razón para entender el carácter excepcional de dichas medidas y realizar una interpretación restrictiva de su aplicación es, sin lugar a dudas, la necesidad de fortalecer el libre comercio en la Comunidad Andina⁵¹.

50 De julio a diciembre de 2014, según lo alegado por Ecuador en su solicitud para la adopción de la medida correctiva regulada en el artículo 98 del Acuerdo de Cartagena (salvaguardia por devaluación monetaria).

51 Gómez, H. Fortaleciendo el libre comercio en la Comunidad Andina. *Negocios Internacionales*, Revista de la Sociedad de Comercio Exterior del Perú – COMEXPERU, vol. 23, núm. 254, p. 18. Lima, febrero 2019. Disponible en: <https://www.comexperu.org.pe/upload/articles/revista/febrero2019/mobile/index.html#p=18> (Consultado realizada el 10 de octubre de 2020)

CONCLUSIONES

Las salvaguardias son medidas de defensa comercial que tienen por finalidad proteger a una rama de la industria nacional que sufre un daño, o amenaza de daño, como consecuencia del incremento imprevisto de importaciones de productos competidores a los fabricados por dicha industria. Dichas medidas, que traducen una política comercial, consisten en restricciones a las importaciones y pueden expresarse en un aumento de los aranceles o en el establecimiento de cuotas de importación.

Las medidas de salvaguardia son válvulas de escape a los compromisos arancelarios asumidos en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC), los acuerdos de libre comercio, o los procesos de integración económica y social como la Comunidad Andina. Es así que el Acuerdo de Cartagena prevé en su capítulo XI cuatro modalidades de salvaguardia comercial: por desequilibrio en la balanza de pagos global (artículo 95), por el cumplimiento del programa de liberación (artículo 96), por productos específicos (artículo 97) y por devaluación monetaria (artículo 98). La Decisión 389 de la Comisión de la Comunidad Andina regula el procedimiento y las medidas correctivas de la salvaguardia por desequilibrio en la balanza de pagos global.

Entre 1987 y hasta antes del 2018, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) desarrolló criterios jurídicos respecto de las cuatro modalidades de salvaguardia comercial. Conforme a dichos criterios, si bien tales medidas tenían particularidades propias, todas ellas compartían, como requisitos comunes, el tener naturaleza correctiva, carácter temporal y excepcional, y la relación de causalidad. Dada su naturaleza excepcional, debían ser aplicadas e interpretadas de modo restrictivo. La causa-

lidad significaba que debía existir una relación de causa y efecto entre el incremento de las importaciones y el daño (o amenaza de daños) de que se trataba.

En el 2018, el TJCA expidió dos sentencias en materia de salvaguardia comercial. La primera sentencia, adoptada por mayoría en abril de ese año, trataba sobre la salvaguardia por desequilibrio en la balanza de pagos global adoptada por Ecuador en marzo de 2015. El voto en mayoría de esta sentencia no analizó como requisito de dicha salvaguardia la “relación causal”, es decir, que el incremento de las importaciones provenientes de uno o más países miembros debía ser la causa, o al menos una de las causas, del desequilibrio en la balanza de pagos global. El voto en minoría, en cambio, consideró que dicho requisito sí era exigible, además de que la salvaguardia debía tener carácter correctivo, temporal y excepcional, por lo que estaba sujeta a una interpretación restrictiva.

La segunda sentencia, adoptada en agosto de 2018, se pronunció sobre la salvaguardia por devaluación monetaria adoptada por Ecuador en enero de 2015. En esta sentencia, el TJCA estableció que las cuatro modalidades de salvaguardia previstas en el capítulo XI del Acuerdo de Cartagena tienen las siguientes características comunes:

- Son medidas de naturaleza correctiva y carácter transitorio y excepcional, por lo que están sujetas a una interpretación restrictiva, y solo pueden ser adoptadas en estricto cumplimiento de todos y cada uno de sus requisitos.
- Les es exigible el requisito de la “relación causal” (causa y efecto). Ello es así debido a la naturaleza correctiva de todas estas medidas. Al ser las salvaguardias medidas

correctivas, lo que buscan corregir se encuentra vinculado con aquello que causa el daño o la amenaza de daño. Si las importaciones provenientes de otro país miembro no son la causa, o no coadyuvan a la causa, del desequilibrio en la balanza de pagos global, de los perjuicios graves a la economía del país, de la perturbación en la producción nacional o de la alteración de las condiciones normales de competencia, según corresponda, carece de sentido afectar dichas importaciones a través de la aplicación de alguna de las cuatro modalidades de salvaguardias antes mencionadas.

Las importaciones o el incremento de determinadas importaciones tienen que ser el hecho causal, o contribuir como hecho causal, del daño o amenaza de daño, siendo que este daño puede ser el desequilibrio en la balanza de pagos global, los perjuicios graves a la economía del país, la perturbación en la producción nacional o la alteración de las condiciones normales de competencia, según la salvaguardia de que se trate.

- Deben ser proporcionales al hecho que las genera. Esto significa que se procurará que no afecten el comercio de los productos incorporados al programa de liberación, no podrán implicar una disminución de las importaciones del producto o productos de que se trate (con respecto a los doce meses anteriores), se deberá garantizar el acceso de un volumen de comercio no inferior al promedio de los tres últimos años, o no podrán significar una disminución de los niveles de importación existentes antes de la devaluación, según la salvaguardia de que se trate.

El programa de liberación contemplado en el capítulo VI del Acuerdo de Cartagena permite la existencia de un área de libre comercio en la Comunidad Andina, lo que beneficia a los más de 111 millones de consumidores andinos con la posibilidad de acceder a una mayor oferta de productos provenientes del comercio intracomunitario, lo que incrementa la competencia. El resultado de esta mayor competencia es que dichos consumidores obtienen productos a menores precios, de mejor calidad y en mayor variedad.

Las medidas de salvaguardia afectan al programa de liberación y al libre comercio, por lo que deben ser interpretadas de modo restrictivo. Con la sentencia de agosto de 2018, el TJCA ha establecido criterios que fortalecen el libre comercio, pues ha señalado requisitos exigentes y concurrentes para que un país miembro imponga una medida de salvaguardia que afecte las importaciones provenientes de otro u otros países miembros. La razón para entender el carácter excepcional de dichas medidas y realizar una interpretación restrictiva de su aplicación es, sin lugar a dudas, la necesidad de fortalecer el libre comercio en la Comunidad Andina, una de las mayores virtudes del proceso de integración subregional andino.

BIBLIOGRAFÍA

- Delpiano, C. Medidas de salvaguardia y exclusiones regionales en la jurisprudencia de la Organización Mundial del Comercio. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, núm. 2. Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2015. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372015000200007 (consultado el 19 de octubre de 2020)
- Ibarra, G. *Las grandes controversias del multilateralismo. Crisis del principio de la Nación más favorecida, distorsiones de la competencia y temas ambienta-*

les, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana – Legis Editores S.A., Bogotá, 2018.

Gómez, H. *El ordenamiento jurídico comunitario andino*. En: Gómez H. (Director). *Apuntes de Derecho Comunitario Andino. A propósito de los 50 años de la Comunidad Andina y los 40 años de creación de su Tribunal de Justicia*. Portoviejo: Universidad San Gregorio de Portoviejo, Editorial San Gregorio S. A., 2019.

Gómez, H. Fortaleciendo el libre comercio en la Comunidad Andina. *Negocios Internacionales*. Revista de la Sociedad de Comercio Exterior del Perú-COMEXPERU, vol. 23, núm. 254, Lima, febrero 2019. Disponible en: <https://www.comexperu.org.pe/upload/articles/revista/febrero2019/mobile/index.html#p=18>

EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO

Christian Guzmán Napurí*

INTRODUCCIÓN

En realidad, la doctrina maneja dos conceptos de subsidiaridad en el ámbito del derecho público económico¹. El primero, que es más amplio, está dirigido a comprender el accionar del Estado como subsidiario de la actuación de los particulares, de tal forma que él mismo interviene cuando estos no pueden obtener por sí mismos el resultado más eficiente, dada la existencia de distorsiones en el mercado como pueden ser los costos de transacción o las externalidades.

El segundo concepto de subsidiaridad estatal, mucho más restringido, está orientado a comprender la actividad empresarial del Estado como aquella que se manifiesta cuando la actividad privada no puede proveer adecuadamente los bienes y servicios necesarios en un mercado determinado, al amparo de lo dispuesto por el artículo 60 de la Constitución. Este último concepto se estudiará de manera amplia en el presente trabajo.

* Director de la Maestría de Derecho Administrativo Económico y del Programa de Especialización en Derecho Constitucional de la Universidad Continental. Socio de GNS Guzmán Napurí & Segura Abogados. Vocal del Tribunal de la Superintendencia Nacional de Salud y del Tribunal del Servicio Civil. Magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional y Doctorando en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1 Es necesario efectuar esta aclaración, puesto que existen diversos conceptos de subsidiaridad provenientes de otros ámbitos del derecho público como, el referido a la subsidiaridad (o residualidad) de los procesos constitucionales o el concepto de subsidiaridad que resulta aplicable a las competencias de los gobiernos locales y regionales en el contexto del proceso de descentralización.

1. LA CRISIS DEL ESTADO DE BIENESTAR

Cuando se hizo patente la aparición del estado de bienestar se generó, como resultado inmediato, la necesidad de una administración pública que fuera prestadora de servicios². Dichos servicios debían ser prestados por el Estado en forma directa, a través de mecanismos de gestión. Paulatinamente, conforme las necesidades de la población aumentaban, fue necesario que el Estado creara entes especializados para la prestación de dichos servicios.

Seguidamente, debido a que los mecanismos tradicionales de la administración pública resultaban poco efectivos para la prestación de los referidos servicios, fue preciso tomar prestados algunos conceptos de la administración privada para hacer eficiente la gestión de los mismos. Como resultado, surgieron las llamadas *empresas públicas*, en general definidas como personas jurídicas de derecho privado, pero que eran y son de propiedad del Estado y que interactúan en el mercado, algunas veces excluyendo a los particulares.

Asimismo, las décadas del cincuenta y sesenta del siglo pasado se habían caracterizado por la bonanza económica en los países más adelantados y cierta mejoría en los demás países del orbe, que les permitía el manejo directo de determinadas actividades, muchas de ellas reservadas al Estado³. Sin embargo, la crisis energética de 1970, entre otras circunstancias, afectó el manejo económico de las naciones, por ello se comenzó a pensar seriamente en la necesidad de transferir a manos privadas el manejo de determinadas actividades, sean estas servicios públicos o no.

Lo que ocurre es que hablar de empresa pública implica, de alguna manera, una *contradictio in terminis*, dado que en principio las empresas son entes creados para la producción de lucro, entendido este como la ganancia de sus dueños. Asimismo, el Estado, por definición, no produce lucro⁴. Tal contradicción, aunada al hecho de que los representantes del Estado en las juntas de las empresas estatales carecen de incentivos económicos (dividendos), incentivos que los socios de una empresa privada⁵ sí poseen, ha generado la conocida ineficiencia de las empresas públicas en la mayoría de las naciones del planeta⁶, como veremos más adelante.

Finalmente, encontramos la razón de la citada ineficiencia pública en la necesaria rigidez y formalidad del funcionamiento del Estado en general. Dicha rigidez impide que las empresas del Estado se adapten rápidamente a la vertiginosa variación de los mecanismos empresariales derivada del progreso económico y tecnológico en todo el mundo, lo cual ocurre con mayor facilidad en el caso de las empresas que son de capital privado.

Así, la empresa pública genera distorsiones en la economía, al crear entes económicos que no están sometidos al mercado de manera integral. Además, utiliza fondos públicos para su funcionamiento; sin embargo, no son susceptibles de incurrir en insolvencia y emplean infraestructura del Estado. Como resultado de

2 Sobre el particular, véase DE VAL PARDO, I. *Administración de entidades públicas*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 1999, pp. 49-51.

3 KRESALJA, B. (1999). El rol del Estado y la gestión de los servicios públicos. *Themis* n.º 39. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, pp. 55.

4 GUZMAN, C. (2002). «Las teorías existentes sobre el servicio público». *Foro Jurídico* n.º 1. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002, p. 77.

5 Es evidente que la razón por la cual las empresas privadas pretenden obtener ganancias como finalidad intrínseca de las mismas (de lo contrario no serían empresas) es la propia necesidad o afán de lucro de sus dueños.

6 Al respecto, véase ARIÑO, G., De La Cuétara, J. y Martínez, J. L. *El nuevo servicio público*. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 112 y ss.

ello, cuando las empresas públicas operan en el mercado, concurriendo con entes privados, generan competencia desleal, que perjudica a la economía en su conjunto.

1.1. Privatización de las empresas públicas

Como resultado inmediato de la ineficiencia de las empresas públicas —y del Estado en general—, se generaron dos efectos: el primero, está relacionado con la privatización de aquellas empresas públicas que no producen utilidades o que generan distorsiones en la economía, privatización que también generaría el ingreso de importantes fondos para el Estado para corregir el déficit en el sector público y controlar los presupuestos⁷. Este proceso estuvo acompañado de la eliminación de la reserva de determinadas actividades a favor del Estado.

En términos generales, la privatización es el fenómeno mediante el cual una actividad desempeñada por el Estado es adjudicada a los particulares, quienes obtienen el permiso, a través de un título habilitante determinado, para realizar dicha actividad, ya sea que el Estado mantenga un control más o menos intenso sobre ella o más bien la ceda de manera integral a la sociedad⁸. La privatización puede entenderse también como la transferencia de activos o bienes estatales a manos privadas, tal como precisamente ha ocurrido con muchas de las empresas estatales del Perú.

Por otro lado, se generó un segundo efecto que fue la necesidad de suscitar una importante inversión en servicios públicos, que a su vez obligó al Estado a permitir el ingreso de capital privado a la administración de fondos y bienes públicos y la prestación de servicios públicos, a través, particularmente, de mecanismos de privatización y de otorgamiento de concesiones, entre otras, asociaciones públicas privadas, conforme a la normativa vigente sobre la materia.

Lo antes indicado se estableció mediante diversos mecanismos, en especial los relacionados con los permisos, las licencias y las concesiones, otorgadas de manera directa por el Estado. Y, además, ocasionó la aparición de los llamados organismos reguladores, como Osinergmin (Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería), Osiptel (Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones), Ositran (Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público), SUNASS (Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento), así como diversos organismos supervisores y fiscalizadores de diversas actividades productivas, como pueden ser los diversos ministerios.

En consecuencia, fue necesario que los servicios públicos comenzaran a ser prestados por los particulares. A esto la denominada teoría subjetiva respondió de manera indebida, pues consideró que en realidad la prestación la realizaba el Estado, pero de manera indirecta a través de terceros⁹. Según esta concepción, el servicio brindado por los particulares ocurre como una suerte de delegación. Esta ficción, sin embargo, nos lleva a la necesidad de establecer otro nivel de caracterización que resulte más eficiente, es decir los servicios públicos de-

7 DE VAL PARDO, I. *Op. cit.*, pp. 90 y ss. Al contrario de lo que señala la autora, debemos señalar que no es posible que la administración pública, en términos de servicios públicos, pueda funcionar adecuadamente sin privatizarlos. Tal como lo hemos precisado, la ineficiencia de las empresas públicas resulta ser, en principio, consustancial a ellas.

8 ARIÑO, G. *Principios de derecho público económico*. Granada: Comares, 1999, pp. 440-441.

9 DROMI, R. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2000, p. 627.

bían ser prestados, fundamentalmente, por los particulares, razón por la cual la participación del Estado debía darse a falta de posibilidad de intervención de la actividad privada.

2. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD EMPRESARIAL

Como ya se ha señalado, se entiende por principio de subsidiaridad, en sentido estricto, la obligación que posee el Estado de realizar actividad empresarial únicamente ante la ausencia de inversión privada en el rubro respectivo, y previo cumplimiento de los parámetros establecidos por la norma constitucional. Ahora bien, a fin de hacer efectivo dicho principio, se debe cumplir con tres requisitos:

i. Autorización por ley expresa, es decir, emitida por el Congreso

Ello implica, en primer lugar, que la autorización para desempeñar actividad empresarial debe estar ligada de manera directa a la necesaria discusión entre las diversas fuerzas políticas representadas en el Parlamento. En general, cuando la Constitución hace referencia a la ley se refiere a la norma emitida por el Congreso, la cual debe distinguirse claramente de otras normas de inferior jerarquía, siendo que no cabe autorizar actividad empresarial a través de reglamentos o directivas.

En segundo lugar, no cabe autorización alguna a través de decretos legislativos, decretos de urgencia u ordenanzas, sean regionales o municipales. Si bien dichas normas poseen lo que se denomina rango de ley —con las atenciones que la jurisprudencia ha efectuado en relación a las ordenanzas—, no han sido emitidas como resultado de la deliberación parlamentaria.

En tercer lugar, debe entenderse que estamos hablando de una ley cuya aprobación sigue el trámite normal, a diferencia del caso chileno, por ejemplo, donde se requiere quórum calificado¹⁰ (Ochoa, 1995, pp. 88-89). Sin embargo, esto se encuentra todavía en manos del Estado, sin visos de ser privatizada; a pesar de no existir razón alguna, desde el punto de vista económico, para mantenerla en su titularidad; teniendo en cuenta que fue adquirida por expropiación. Para hacerlo, es necesario considerar que se requiere una reforma constitucional, puesto que se considera que la Constitución chilena prohíbe la privatización de la gran minería del cobre¹¹.

ii. Por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional

Vale decir, la actividad empresarial del Estado se encuentra autorizada en estado de necesidad, cuando no exista algún mecanismo alternativo que pueda corregir la situación que genera la necesidad de desempeñar dicha actividad por parte del Estado, como el empleo de las agencias de competencia o los mecanismos de regulación económica.

El empleo de la actividad empresarial del Estado en tanto constituye una interven-

10 OCHOA, C. (1995). *Bases fundamentales de la Constitución económica de 1993. La Constitución de 1993, análisis y comentarios*. Lima: CAJ, 1995, pp. 88-89.

11 Existen casos interesantes de mantenimiento de empresas estatales por mandato constitucional. Probablemente el ejemplo más conocido sea el de PEMEX, empresa mexicana de hidrocarburos, cuya privatización se encuentra prohibida por la constitución mexicana; siendo esta una de las principales razones de su proverbial ineficiencia. Si bien es una empresa que produce lógica utilidad, está absorbida por el propio Estado a través de fuertes impuestos, llevándola a una situación financiera compleja. El riesgo, si es que ello no ha pasado ya, es que PEMEX ya haya perdido el íntegro de su capital contable.

ción pública directa en la economía, debe ser, en consecuencia, última ratio. A ello debe agregarse que dicha intervención debe ser idónea, lo que implica que debe dirigirse a obtener la finalidad pretendida con ella. Caso contrario, dicha intervención devendría en inconstitucional por vulnerar lo dispuesto por la norma.

iii. Ante la ausencia de actividad privada en el sector del cual se trata

El Estado interviene y desempeña actividad empresarial si es que los particulares no pueden hacerlo, puesto que si existe actividad privada la actividad estatal deviene innecesaria¹². El criterio empleado por el Estado es la prohibición de intervención en aquellos mercados en los que la oferta de las empresas privadas se considera suficiente para satisfacer la demanda existente en todo el territorio nacional o en la parte en donde atienden; siendo que se presume, salvo demostración en contrario, que tal condición se verifica en aquellos mercados en los que operan al menos dos empresas privadas no vinculadas entre sí¹³.

Asimismo, cuando no es posible que la actividad privada cubra la deficiencia en la inversión, es necesario establecer mecanismos que lo hagan. Sin embargo, incluso en estos supuestos también existen mecanismos que

permiten cubrir deficiencias y no implican la creación o empleo de empresas públicas, como, por ejemplo, la asignación de cuotas de inversión a las empresas privadas que prestan servicios públicos.

El principio de subsidiaridad tiene sentido en el hecho de que la actividad empresarial del Estado debe encontrarse fuertemente limitada, no solo por el hecho de que el Estado es un empresario ineficiente, sino además porque la existencia de empresas públicas es *per se* indebida desde el punto de vista económico. Las empresas públicas no solo generan competencia desleal respecto de las empresas privadas que concurren en el mercado, sino que también favorecen la corrupción y desincentivan la inversión en el mercado de servicios públicos y en la economía en general, como veremos enseguida. Como resultado, la economía de un país debe propender a la privatización de las empresas públicas y a la sustitución del régimen de control estatal a un esquema de competencia¹⁴.

El acercamiento jurisprudencial

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el particular, estableciendo una definición de subsidiaridad vinculada al supuesto carácter social del modelo económico consagrado por la Constitución, en tanto que el Estado no debe permanecer pasivo ante el ejercicio de las actividades económicas por los particulares¹⁵.

12 KRESALJA. *Op. cit.*, p. 60.

13 No obstante ello, el ordenamiento jurídico peruano posee una válvula de salida cuya existencia es muy discutible. El párrafo final del artículo 3° del Decreto Supremo 034-2001-PCM establece la prohibición que hemos señalado, pero también permite que no sea aplicable a las actividades que el Directorio de Fonafe determine específica e individualmente. Así en estos casos, el citado Directorio tomará en cuenta el aprovechamiento de la capacidad operativa de las empresas, pudiendo establecer limitaciones al incremento o la renovación de dicha capacidad.

14 Para un análisis de las ventajas de la privatización a partir de las deficiencias de las empresas públicas, véase VICKERS, J. y YARROW, G. *Un análisis económico de la privatización*. México: Fondo de Cultura Económica, 1991, pp. 44 y ss.

15 STC N.º 01535-2006-AA/TC, 31 de enero de 2008.

En este orden de ideas, el Tribunal ha señalado que el principio de subsidiariedad económica del Estado o, lo que es lo mismo, la cláusula de actuación subsidiaria del Estado en la economía implica, de un lado, un límite a la actividad estatal, siendo que el Estado no puede participar libremente en la actividad económica, sino que sólo lo puede hacer sujeto a la subsidiariedad, entendida esta como una función supervisora y correctiva o reguladora del mercado; y, de otro lado, reconocer que existen ámbitos que no pueden regularse única y exclusivamente a partir del mercado, lo cual justifica la función de regulación y protección que desempeña el Estado¹⁶.

Ahora bien, es evidente que el Tribunal Constitucional confunde los dos conceptos de subsidiariedad propios del derecho público económico a los cuales hemos referido al inicio de este trabajo; cuando resulta evidente que el artículo 60° de la Constitución hace referencia a la subsidiariedad empresarial. La subsidiariedad económica, en sentido amplio, se encuentra en el artículo 58°, que consigna el concepto de iniciativa privada libre.

Asimismo, el Tribunal continúa señalando que el fundamento¹⁷ del principio de subsidiariedad parte del supuesto de que el Estado aparece como el garante final del interés general, desde el momento en que su tarea consiste en intervenir en forma directa para satisfacer una necesidad real de la sociedad, pero sólo en aquellas situaciones en las que la colectividad y los grupos sociales —a quienes corresponde, en primer término, la labor de intervención— no están en condiciones de hacerlo.

El Tribunal además confunde el origen del principio que venimos describiendo. La norma no pretende definir la existencia de atribuciones públicas por parte del Estado en materia de intervención económica, sino más bien limitar su atribución de crear empresas estatales, asimismo intenta evitar que el Estado intervenga en la actividad económica de manera directa como un actor, ya que su función primordial es actuar como árbitro de las relaciones económicas y cuando ello sea estrictamente indispensable.

¿Existe algún mecanismo de control?

La respuesta es afirmativa. Desde la emisión del Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal, se define como acto de competencia desleal, en la modalidad de violación de normas, la actividad empresarial desarrollada por una entidad pública o empresa estatal con infracción al artículo 60° de la Constitución, descrito líneas arriba¹⁸. Esta es una novedad de dicha norma, puesto que la norma derogada no consignaba precepto alguno sobre el particular.

Como resultado, este precepto permite al Indecopi o a Osiptel, en su caso, controlar la actividad empresarial del Estado, impidiendo así que se vulnere la libre y leal competencia. En primer lugar, resultaba indispensable la existencia de un real mecanismo de control, más allá de los informes que dichas entidades emitían, que carecían de un efecto jurídico real. A esta situación nos vamos a referir con detalle más adelante.

En segundo lugar, dicho control no podría ser asignado al Fondo Nacional de Financia-

16 Fundamento 14.

17 Fundamento 16.

18 Artículo 14° del Decreto Legislativo 1044.

miento de la Actividad Empresarial del Estado (Fonafe) —ya que pasaría a ser juez y parte en este contexto— ni tampoco al sector al que pertenece la empresa estatal en cuestión. Un punto a dilucidar se encuentra relacionado con la competencia de la autoridad competente para cuestionar la ley que faculta el ejercicio de la actividad empresarial. Está claro que no debiera existir impedimento alguno para ello, dadas las atribuciones otorgadas por el Tribunal Constitucional a favor de la administración pública para aplicar el control difuso de constitucionalidad de las leyes.

Finalmente, es evidente que en este caso no se requiere acreditar la adquisición de una ventaja significativa por quien desarrolla dicha actividad empresarial, requisito exigido para encontrarnos ante un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, puesto que se asume que toda actividad empresarial del Estado que viole el principio de subsidiaridad genera por sí misma una ventaja indebida a favor de dicha empresa en el mercado.

3. ¿POR QUÉ DEBE LIMITARSE LA EXISTENCIA DE EMPRESAS PÚBLICAS?

La existencia de empresas públicas *per se* afecta de manera perjudicial a la economía de un país, cualquiera sea el diseño de su política económica. En este orden de ideas, aun en el supuesto de que las empresas públicas produzcan utilidades, su implementación debe limitarse a los presupuestos señalados en el acápite precedente, vale decir, cuando sea estrictamente indispensable. Entre las razones más importantes que justifican dichas afirmaciones, encontramos las siguientes¹⁹:

19 Para un interesante análisis de este punto, revisar Paredes, C. (2020). *La tragedia de las empresas sin dueño: el caso Petroperú*. Huancayo: Fondo Editorial de la Universidad

i) El árbitro no debería jugar

Una razón de índole jurídica, en primer lugar, es que cuando el Estado posee empresas públicas y se comporta a la vez como regulador del mercado —en ejercicio de sus potestades reguladoras— y como agente del mismo, lo cual lo convierte en un competidor, en un regulador de la competencia, así como en el ente que resuelve los posibles conflictos, lo cual le impide ser realmente imparcial. A ello se debe agregar que todo tratamiento diferenciado es eminentemente inconstitucional, pues vulnera el precepto final del artículo constitucional materia de comentario, el cual prescribe con meridiana claridad el tratamiento igualitario entre inversión privada y pública.

Asimismo, las empresas públicas generan competencia desleal, puesto que gozan de privilegios de los cuales no gozan las empresas privadas, como por ejemplo, empleo de la infraestructura estatal (que forma parte de sus activos originarios), uso de la caja (dinero estatal). Incluso, como lo hemos señalado líneas arriba, la propia normativa en materia de competencia desleal considera que constituye un comportamiento ilegal el ejercicio de actividad empresarial pública que viole el principio de subsidiaridad.

Asimismo, estas empresas no quiebran, porque el Estado les provee caja (dinero)²⁰, y en general, gozan de blandas restricciones presupuestarias²¹. Y todo ello se hace efec-

Continental.

20 ARIÑO. *Op. cit.*, pp. 391-392.

21 Para una posición contraria, *cf.*: Cespedes, A. “Conjeturas sobre algunos aspectos generales del funcionamiento y la regulación de las empresas públicas peruanas”. En: *Revista de Derecho Administrativo* n.º 5, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008, pp. 278-279.

tivo con el dinero proveniente de los contribuyentes, lo cual lejos de generar efectos beneficiosos, ocasiona más bien efectos de contracción en la economía.

En contraposición, la completa apertura del mercado incentiva a los empresarios a invertir, generando así mayor competencia, siendo los efectos más favorables. En consecuencia, la principal razón para la privatización de empresas estatales no se dirige a producir beneficios económicos —que debe ser más bien una necesidad subalterna— o a reducir el déficit fiscal, sino más bien a crear competencia en el mercado, con el consiguiente beneficio en términos del interés general.

Finalmente, en términos de la teoría de juegos²², lo ideal es que el árbitro decida por el completo imparcial, es decir, que no demuestre interés en el resultado del juego. Si es que el Estado es propietario de empresas y a su vez se encarga de regular el mercado, existiría un riesgo ya que es posible que genere dicha regulación en favor de sus empresas, a lo que debemos agregar que el Estado es además el encargado de resolver los conflictos que se generen entre las empresas. Como efecto, la existencia de empresas públicas debe ser estrictamente indispensable, debiendo generarse mecanismos de control que eviten esta situación en lo posible.

ii) El afán de lucro

La empresa pública, como lo hemos señalado, constituye una *contradictio in terminis*,

puesto que por definición una empresa produce lucro. Pero, una institución pública, supuestamente animada por el interés general, no tiene porqué producir dicho lucro. Una justificación para la existencia de empresas públicas estriba en la necesidad de producir a nivel del costo marginal, lo cual, tarde o temprano, las hace sucumbir ante la competencia.

Otra de las justificaciones esgrimidas para la creación de empresas públicas se basa en la necesidad de que el Estado produzca beneficios económicos al igual que los agentes privados, lo cual resulta evidentemente contradictorio, máxime si una empresa pública existe, supuestamente, por razones sociales y no por razones financieras.

Como resultado, no existen incentivos adecuados para los agentes de las empresas públicas, tampoco existe interés alguno para la generación de excedentes ya que así sean inficientes no están sujetas a las sanciones del mercado²³. Como no hay objetivos definidos, no puede determinarse juicios sobre la buena o mala gestión, el grado de eficiencia obtenido y la valoración de resultados finales²⁴.

Los incentivos económicos se convierten en una forma de patronazgo y —como lo veremos más adelante— en el mecanismo de pago de favores políticos para el partido en el poder. Como si esto fuera poco, los políticos que supervisan empresas públicas podrían dejar de percibir beneficios personales

22 Respecto a la utilidad de la teoría de juegos en el derecho público y en particular en el derecho constitucional, véase GUZMAN, C. *La constitución política: Un análisis funcional*. Lima: Gaceta Jurídica, 2015, pp-12-13.

23 KRESALJA, B. “La reserva de actividades económicas a favor del Estado y el régimen de los monopolios en las Constituciones de 1979 y 1993”. *Ius et Veritas* año 11, n.º 22. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, pp. 286.

24 VICKERS y YARROW. *Op. cit.*, p. 49

como resultado de la obtención de beneficios económicos por parte de la empresa²⁵. En ese sentido, se requiere que los directores de las empresas públicas sean designados por concurso público.

iii) Distorsiones en la economía

En consecuencia, la existencia de empresas estatales genera distorsiones en la economía. Para que el funcionamiento de estas sea acorde con las necesidades sociales —que es en buena cuenta su razón de ser—, el precio del producto o servicio ofertado debe ser el menor posible; para ello, el monto debe estar a nivel del costo marginal²⁶ (Bernanke y Frank, 2007, pp. 12-13) , y cuando ello ocurre, la pérdida económica y contable de la empresa la convierte en un ente ineficiente, condenándola a la quiebra, como ya se hemos señalado. La banca de fomento, muy difundida durante la década de 1980, es un muy buen ejemplo de ello.

Por otro lado, los bienes públicos, en general, ocasionan distorsiones *per se*, dado que no permiten un uso eficiente de los recursos. Lo que ocurre en buena cuenta es que la propiedad pública no genera incentivos para un uso eficiente. Siendo así, el mercado no podrá ofrecer los bienes públicos en número suficiente, lo que a su vez implica que no se asignarán suficientes recursos para producirlos²⁷. Los bienes públicos originan la existencia de los denominados *free riders*, denominación que se le da a

aquellos individuos que se benefician sin pagar, de modo que se afecta a los que sí lo hacen. Dicha situación no hace sino generar externalidades, las cuales producen imperfecciones en el mercado.

iv) Falta de incentivo a la inversión

La empresa pública desincentiva la inversión. El hecho de que existan empresas privilegiadas en el mercado —por ser propiedad estatal— evita que las empresas privadas puedan invertir, dada su evidente aversión al riesgo, la cual empeora en situaciones de crisis. A la vez, la existencia de empresas públicas —en especial si algunas gozan del manejo de alguna actividad en exclusividad, como el agua— da la impresión de que la economía se encuentra fuertemente intervenida, lo cual aleja la inversión privada, sea local o foránea. Antes de constituir una empresa pública, es preferible incentivar la inversión privada en el rubro donde existe la deficiencia de la oferta a fin de generar los bienes y servicios necesarios.

v) Favorecimiento de la corrupción

Es poco probable que una empresa privada sufra de corrupción en su interior en contra de sí misma, ya que los socios son también sus directivos. Sin embargo, en una empresa pública, se favorece la corrupción, dado que por pertenecer al Estado, no existen incentivos para un comportamiento ajustado a derecho.

La empresa privada no requiere mayores controles internos que los que proporciona su propia organización. En cambio, las empresas públicas requieren controles internos y controles externos de naturaleza

25 ARIÑO, G. *Op. cit.*, p. 422.

26 El costo marginal de una actividad se define como el costo de una unidad adicional de dicha actividad. Sobre el particular, cfr. Bernanke, B. y Frank, R. *Principios de economía*. Madrid: McGraw-Hill, 2007, pp. 12-13.

27 KAFKA, F. *Teoría económica*. Lima: Universidad del Pacífico, 1994, p. 741.

administrativa, en especial provenientes de la Contraloría General de la República y de Fonafe, en los casos en los cuales se someten al ámbito de esta última. Dicho control, contrariamente a lo que pueda pensarse, también cuesta a los particulares a través del sistema impositivo.

vi) Distribución de cargos públicos

La empresa estatal favorece el uso del denominado *spoils system* (sistema de los despojos), que consiste en el hecho de que el partido ganador en las elecciones ocupe gran parte de los cargos públicos del Estado²⁸. Los cargos más codiciados son los que corresponden a las empresas del Estado, que se encuentran por lo muy bien remunerados. Como resultado, los directivos de las empresas públicas no son los que están mejor capacitados para efectuar la labor, por ello deberían ser designados mediante sendos concursos públicos. Más adelante se ampliará al respecto. Esta situación explica las pérdidas millonarias que han sufrido las empresas estatales en todo el mundo en los últimos treinta años. Los ejemplos de empresas estatales relativamente exitosas son más bien bastante raros, se reducen a aquellas que realizan actividades extractivas (Codelco, en Chile, por ejemplo), asimismo y tienen utilidades menores, en comparación con aquellas que si fueren administradas por inversionistas privados. Además, algunas son empleadas como caja chica del Estado.

28 El *spoils system* no es ninguna novedad; ha sido aplicado en gran medida por los gobiernos en todo el mundo, especialmente, en los Estados Unidos, incluso desde el gobierno del presidente Jackson. Sobre el particular, *cfr.* Hauriou, 1980, p. 539 y Duverger, 1962, p. 348.

Sobre el particular: HAURIOU, A. *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Barcelona: Ariel, 1980, p. 539 y DUVERGER, M. *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*. Barcelona: Ariel, 1962, p. 348.

4. REGULACIÓN ACTUAL DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO²⁹

En el Decreto Legislativo 1031, establece la regulación actual de la actividad empresarial del Estado, mediante el cual se promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado, emitido en aplicación de la Ley 29157, la cual delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre diversas materias relacionadas con la implementación del acuerdo de promoción comercial Perú - Estados Unidos de América. Curiosamente, en su momento la referida norma fue objeto de críticas por parte de sectores diversos, sea porque se ha considerado que no se encuentra en consonancia con el principio de subsidiaridad, sea porque se ha considerado que debilita la actividad empresarial del Estado y abre las puertas a la privatización de empresas públicas.

En el primer caso, se señala que se ha desperdiciado la oportunidad de establecer mecanismos para que las empresas del Estado sean realmente subsidiarias, definiendo debidamente cuándo nos encontramos ante dicha situación y los mecanismos a emplear cuando ello no ocurra. No obstante, la finalidad de la norma es adecuarla al principio de subsidiaridad y el de igualdad en el tratamiento legal de las empresas³⁰. Asimismo, se discute mucho el mecanismo de designación de los directores de las empresas, ya que este no debería ser efectuado por el Poder Ejecutivo, sino más bien a través de un proceso de selección, como veremos más adelante.

En el segundo caso, se argumenta que la norma permite privatizar las empresas públicas a tra-

29 *Cfr.* GUZMAN, C. *Procedimiento Administrativo General*. Lima: Instituto Pacífico, 2020, p. 208 y ss.

30 Decreto Legislativo N.º 1031, pp. 3 y ss.

vés de la participación de estas en la actividad privada, pudiendo incluso cotizar en la Bolsa de Valores. Diversos sindicatos, por ejemplo, acusaron en su momento al Gobierno de pretender facilitar los mecanismos de transferencia al sector privado del control de las empresas estatales³¹, sobre todo si estas son estratégicas; concepto por completo discutible, en especial si consideramos que los diversos autores no tienen claro qué debe entenderse por dicho término.

4.1 Ámbito

La norma materia de comentario establece que la actividad empresarial del Estado se desarrolla en forma subsidiaria, es autorizada por Ley del Congreso de la República y sustentada en razón del alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, en cualquier sector económico, sin que ello implique una reserva exclusiva a favor del Estado o se impida el acceso de la inversión privada, lo cual —como bien sabemos— se encuentra prohibido.

Esto define legalmente el principio de subsidiariedad establecido en la Constitución, sin establecer debidamente cuando nos encontramos ante la violación de dicho principio y el mecanismo que habría de emplearse para revertirlo. Es preciso tener en cuenta que este decreto legislativo es anterior a la Ley de Represión de la Competencia Desleal, que sí establece el mecanismo de control respectivo, como veremos más adelante.

Asimismo, se señala que las empresas estatales se rigen por las normas de la actividad empresarial del Estado y de los sistemas administrativos del Estado, en cuanto sean aplicables, y supletoriamente por las normas que rigen la actividad empresarial privada, principalmente

por la Ley General de Sociedades y el Código Civil. Ello implica que el régimen de dichos entes es mixto, entre la regulación proveniente del derecho administrativo y la que corresponde al derecho privado.

4.2 Formas en que se desarrolla la actividad empresarial del Estado

La norma en su artículo 4° prescribe que la actividad empresarial del Estado se desarrolla bajo determinadas formas. En primer lugar, las empresas del Estado de accionariado único, que son empresas organizadas bajo la forma de sociedades anónimas en las que el Estado ostenta la propiedad total de las acciones y, por tanto, ejerce el control íntegro de su Junta General de Accionistas. Esta modalidad en realidad implica una desnaturalización del concepto de Sociedad Anónima, la cual por definición se compone de una pluralidad de socios.

En segundo lugar, están las empresas del Estado que poseen accionariado privado, y son aquellas empresas organizadas bajo la forma de sociedades anónimas, en las que el Estado ostenta la propiedad mayoritaria de las acciones y, por tanto, ejerce el control mayoritario de su Junta General de Accionistas, existiendo accionistas minoritarios no vinculados al Estado. Esto es lo que se llamaba antiguamente empresa de economía mixta y es a lo que debería accederse como resultado de las reformas implementadas por la norma que venimos analizando.

Asimismo, debemos incluir en este listado a las empresas del Estado con potestades públicas, que son empresas de propiedad estatal, cuya ley de creación les otorga potestades de derecho público para el ejercicio de sus funciones. Como resultado, se organizan bajo la forma

31 *La República*, 10 de julio y 17 de agosto de 2008

que dispone su ley de creación. Un ejemplo interesante es el del Banco de la Nación. Esta modalidad es más bien rara, lo más común son las dos formas anteriores.

Finalmente, y a diferencia de lo que ocurriría con la norma previa, el accionariado estatal minoritario en empresas privadas no constituye actividad empresarial del Estado y se sujeta a las disposiciones de la Ley General de Sociedades y demás normas aplicables a tales empresas. Esto es por completo razonable, puesto que no existe razón alguna para tratar al Estado, que es accionista minoritario de una empresa privada, de manera distinta al tratamiento de cualquier otro accionista.

4.3 La designación del directorio de las empresas públicas

La norma materia de comentario preceptúa, en primer lugar, que para ser director de una empresa del Estado se requiere ser una persona capaz, reconocida por su trayectoria profesional, poseer solvencia ética y moral, estar familiarizada con el giro propio del negocio que realiza la empresa, y poseer una amplia experiencia en la toma de decisiones estratégicas y de gestión empresarial³². La finalidad de la norma es mejorar la regulación de los directorios de las empresas públicas, que se había identificado que no era buena en la normativa previa³³.

Se establece, asimismo, en la norma³⁴ que la evaluación de las personas propuestas para integrar los directorios de las empresas del Estado se realizará conforme al procedimiento que disponga el Reglamento³⁵. En este orden de ideas, la citada norma muestra dos modalida-

des de selección³⁶, en la primera los directores son seleccionados por Servir o por entidades o empresas especializadas, lo que puede generar un nivel de autonomía y eficiencia óptimos.

La norma dispone que las empresas del Estado bajo el ámbito de la Fonafe, con excepción de ella, deberán contar con por lo menos un director seleccionado bajo este mecanismo, quien no deberá tener vinculación con la administración de la empresa, sus accionistas, directores ni miembros de la plana gerencial, siendo que dicha persona deberá reunir las condiciones que aseguren su imparcialidad, objetividad e independencia.

El Reglamento instituye una segunda modalidad de designación, en la cual los directores son seleccionados siguiendo el Procedimiento para la Evaluación de las Personas Propuestas como Miembros de los Directorios de las Empresas en las que Fonafe participa como accionista, que es aprobado mediante el Decreto Supremo N.º 085-2006-EF o norma que lo sustituya.

Asimismo, dicho decreto supremo establece el procedimiento de selección, estableciendo puntajes para efectuar la evaluación respectiva³⁷. El problema del procedimiento estriba en que son los miembros del Directorio de Fonafe los que propondrán a las personas que consideren más aptas para formar parte de los directorios de las empresas adscritas a sus respectivos sectores, correspondiendo en todos los casos al Ministro de Economía y Finanzas proponer por lo menos una persona en cada directorio, lo cual no constituye un concurso público, que —como hemos señalado— sería el mecanismo

32 Decreto Legislativo N.º 1031, artículo 7, numeral 7.1.

33 Decreto Legislativo N.º 1031, pp. 9-10.

34 Decreto Legislativo N.º 1031, artículo 7, numeral 7.2.

35 Aprobado mediante Decreto Supremo N.º 176-2010-EF

36 Numeral 15.1 del artículo 15 del Reglamento.

37 Anexo I: Procedimiento para la evaluación de las personas propuestas como miembros de los directorios de las empresas en las que fonafe participa como accionista.

ideal para la designación de los directores de las empresas públicas. Ello dada la necesidad de generar autonomía de los directorios respecto de las decisiones políticas que se toman al interior de los sectores que se han identificado como una importante deficiencia en los países de América Latina³⁸.

El Decreto Legislativo N.º 1031 prescribe además que la designación de los miembros del Directorio de las empresas del Estado se realizará mediante Acuerdo del Directorio de Fonafe; establece, además, que las designaciones deberán ser publicadas en el Diario oficial *El Peruano* e instrumentadas en Junta General de Accionistas, de resultar aplicable, lo cual opera conforme a las instrucciones que imparta Fonafe.

En el caso de las empresas del Estado con accionariado privado, la norma preceptúa que deberá garantizarse el ejercicio de los derechos de los accionistas minoritarios, de acuerdo a lo establecido en la Ley General de Sociedades y en el Código Marco del Buen Gobierno Corporativo de las Empresas del Estado. Dicho accionariado privado, como vamos a señalar más adelante, deberá incrementarse de manera paulatina para generar inversión y un mejor control del funcionamiento de la empresa.

Finalmente, en el caso de las empresas con accionariado estatal minoritario, la norma establece que la designación de los directores se realizará conforme a lo establecido en la Ley General de Sociedades. A tales efectos, los representantes, según instrucciones de Fonafe, propondrán en Junta General de Accionistas a los Directores a ser designados. En este caso,

dicha designación debería efectuarse también por concurso público.

4.4 Estados financieros de las empresas del Estado

La norma prescribe que el Fonafe está facultado para suscribir con las empresas bajo su ámbito acuerdos o convenios que establezcan metas empresariales, a través de ratios de gestión y otras herramientas que se desarrollarán en el Reglamento. Estos acuerdos o convenios requieren ser aprobados por acuerdo de directorio de Fonafe. Este precepto tiende, evidentemente, a generar eficiencia en la gestión de las empresas, y debería ser obligatorio, en vez de facultativo.

Por otro lado, la norma establece que la designación de los jefes de los órganos de control institucional, encargados del control de la gestión administrativa, económica y financiera de los recursos y bienes de las empresas del Estado, se efectúa de conformidad con las normas del Sistema Nacional de Control. Es obvio que dichos jefes realizan sus funciones conforme a lo señalado por las normas pertinentes en materia de control gubernamental, sin que exista razón alguna para una regulación distinta.

Los estados financieros de las empresas del Estado son auditados anualmente por auditores externos independientes, designados por la Junta General de Accionistas, conforme lo dispone la Ley General de Sociedades, en base a concurso. Dado lo señalado en el párrafo anterior, esto no obsta para la realización de las auditorías que correspondan al Sistema Nacional de Control, a pesar de lo señalado en su momento por la Contraloría General de la República sobre el particular³⁹.

38 Sobre el particular, véase BANCO MUNDIAL. Corporate Governance of State-Owned Enterprises in Latin America. Current trends and country cases. Washington D.C: World Bank, 2014.

39 Diario *La República*, 9 de julio de 2008.

4.5 ¿Se abre las puertas a la privatización de empresas públicas en la norma?

El artículo 12° de la norma materia de comentario establece que por acuerdo del Directorio de Fonafe se determinará que las empresas del Estado deben inscribir un mínimo de 20 % de su capital social en el Registro Público del Mercado de Valores, sujetándose a las disposiciones emitidas por la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (Conasev).

La finalidad de este importante precepto es otorgarle eficiencia a las empresas estatales, permitiendo que sea el mercado el que establezca los parámetros de aquella. Este mecanismo es más eficiente que el control administrativo sobre las empresas públicas en aplicación de la Ley General de Sociedades y permite, además, la participación de la actividad privada en las empresas estatales, dotándolas de capital fresco necesario para la inversión.

A su vez, la tercera disposición complementaria del decreto legislativo mencionado preceptúa que las empresas del Estado podrán recibir nuevos aportes de capital de inversionistas privados, que se sujetarán a las disposiciones y garantías de la Ley General de Sociedades y demás normas aplicables a las empresas privadas. La norma instituye que en el Reglamento se establecerá las disposiciones que permitan fomentar la participación de capitales privados.

La norma establece asimismo que los recursos provenientes de dichos aumentos de capital constituyen recursos propios de las empresas del Estado y serán destinados para el financiamiento de sus actividades. En el marco de los supuestos de esta disposición, las empresas del Estado quedan facultadas a constituir subsidiarias, previo acuerdo de su Junta General de Accionistas y acuerdo aprobatorio del Directorio de Fonafe.

Sobre el particular hay que señalar que, en primer lugar, esto no es algo indebido, desde el punto de vista jurídico y tampoco desde el punto de vista económico. Desde el punto de vista jurídico, nada obsta para que el Estado pueda invertir conjuntamente con los particulares. La norma constitucional habilita la inversión conjunta del Estado y los particulares, especialmente en el contexto de una economía social de mercado y de la aplicación constitucional del principio de subsidiaridad.

Pero, además, desde el punto de vista económico, es un mecanismo eficiente. De hecho, permite que la empresa sea fiscalizada por el mercado y por los propios accionistas, a la vez que genera mayor eficiencia, permite una paulatina administración de esta por particulares⁴⁰, por ende habrá transparencia en el manejo de las cifras, impidiendo que las números sean corregidos por los directivos de las empresas públicas, práctica muy común⁴¹.

Se ha utilizado para justificar dicho mecanismo el ejemplo de Petrobrás, empresa petrolera brasileña, que en su momento había adquirido una gran eficiencia y un valor de mercado muy alto a partir de la administración conjunta entre el Estado y el privado. Sin embargo, si bien esto podía constituir una interesante muestra de lo que puede pasar cuando una empresa estatal se comparte con los particulares, la misma no deja de ser tal, con las múltiples distorsiones que hemos señalado líneas arriba y que las empresas públicas generan. Es decir, si Petrobrás obtenía los resultados antes señalados con la participación de la actividad privada, dicha situación se incrementaría sustancialmente si la empresa fuese dirigida por la actividad privada

40 Sobre el particular, véase Instituto Peruano de Economía. Comentario Diario. Lima: IPE, 26 de junio de 2008.

41 ARIÑO, G. *Op. cit.*, p. 423.

de manera integral o por lo menos mayoritaria; generando un obvio beneficio para el Estado brasileño en impuestos y regalías, a ello se debe agregar el control más eficiente que permite la participación de los actores privados.

Asimismo, en los últimos tiempos hemos sido testigos de diversos escándalos de corrupción, ampliamente documentados, en la referida empresa estatal brasileña. En consecuencia, como ya lo habíamos adelantado, es más eficiente que la empresa sea dirigida por la actividad privada de manera integral o por lo menos mayoritaria con el fin de obtener más beneficios, expresados estos en impuestos y regalías, reduciendo así la incidencia de actos de corrupción.

A lo mencionado, se debe agregar el hecho de que una de las razones por las cuales el mercado no puede regular de manera adecuada el precio de los hidrocarburos en el ámbito mundial se enfoca en la existencia de carteles formados por empresas estatales. Si las empresas fuesen privadas, los precios se determinarían a través de la oferta y la demanda y no como resultado de los intereses políticos.

5. EL MECANISMO DE CONTROL DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD

Tenemos un importante mecanismo de control, desde la emisión del Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal, el cual define como acto de competencia desleal, en la modalidad de violación de normas, la actividad empresarial desarrollada por una entidad pública o empresa estatal con infracción al artículo 60° de la Constitución, el cual hemos descrito líneas arriba⁴². Esta es una novedad,

puesto que la norma precedente no consignaba precepto alguno sobre el particular.

Como resultado, este precepto permite al Indecopi o a Osiptel, en su caso, controlar la actividad empresarial del Estado, impidiendo que se vulnere la libre y leal competencia. En primer lugar, resultaba indispensable la existencia de un real mecanismo de control, más allá de los informes que dicha entidad emitía, que carecían de efecto jurídico real. En segundo lugar, dicho control no podría ser asignado al Fonafe —que sería juez y parte en este contexto— ni tampoco al sector al que pertenece la empresa estatal en cuestión.

Una cuestión a dilucidar se encuentra relacionada con la competencia de la autoridad administrativa respectiva para cuestionar la ley que faculta el ejercicio de la actividad empresarial. Es claro que no debiera existir impedimento para ello, dadas las atribuciones otorgadas a favor de la administración pública por el Tribunal Constitucional para aplicar el control difuso de constitucionalidad de las leyes, que, sin embargo, es muy discutible.

Se ha señalado además que la aplicación del principio de subsidiaridad debería ser progresivo, conforme lo dispuesto por la Décima Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución⁴³. Sin embargo, esto es discutible, puesto que en realidad la privatización de las empresas públicas tiene por finalidad, entre otras consideraciones, generar competencia y reducir el gasto público.

Finalmente, es evidente que en este caso no se requiere acreditar la adquisición de una ventaja significativa por quien desarrolla dicha

⁴² Decreto Legislativo N.º 1044, artículo 14.

⁴³ «Undécima. Aplicación progresiva de Disposiciones de la Constitución. Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente».

actividad empresarial, requisito exigido para encontrarnos ante un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, puesto que se asume que toda actividad empresarial del Estado que viole el principio de subsidiariedad genera por sí misma una ventaja indebida a favor de dicha empresa en el mercado.

5.1. El precedente del Tribunal de Indecopi sobre la materia

Finalmente, para comprender el principio de subsidiariedad es necesario analizar el precedente recaído en la Resolución N.º 3134-2010/SC1-INDECOPI, la cual define cómo se interpreta lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto Legislativo 1044, en tanto control de la actividad empresarial del Estado; considerándola un caso de competencia desleal en tanto actos de violación de normas, situación en la cual evidentemente dichas empresas gozan de una ventaja indebida en el mercado, como ya lo hemos señalado.

De hecho, en el precedente que es materia de estudio, la Sala de Defensa de la Competencia (en adelante la Sala) señala que el principio de subsidiariedad estatal establece el grado de intervención del Estado en la vida económica del país, constituyendo un límite al campo de acción estatal respecto de la libertad de los ciudadanos para hacer empresa. Con ello, el precedente deja en claro que nos encontramos ante un mecanismo de intervención en la economía que debe estar sometido a evidentes parámetros a fin de que no perjudique al mercado⁴⁴.

Asimismo, el precedente establece que la limitación establecida en la Constitución se aplica a toda actuación estatal que consista en la producción, distribución, desarrollo o intercambio de productos o servicios de cualquier índole, con independencia de la existencia o no de ánimo lucrativo y de la forma jurídica que adopte el Estado para prestar el bien o servicio. Con ello, conforme al precedente, el principio de subsidiariedad no es aplicable únicamente a empresas estatales, como sí ocurrió en el caso que generó el precedente que estamos estudiando, donde es una universidad y no una empresa la que vulnera el principio antes señalado.

Además, el precedente establece que no constituye actividad empresarial y se excluye de la limitación constitucional el ejercicio de potestades de *ius imperium* y la prestación de servicios asistenciales. En el primer caso nos encontramos ante una relación propiamente de derecho público, que no es la naturaleza de la relación entre consumidor y proveedor. En el segundo caso, no es aplicable el principio de subsidiariedad, puesto que no existe competencia alguna con la actividad privada, y se constituyen en actividades destinadas a corregir desigualdades.

En cuanto a los parámetros de la actividad empresarial del Estado, el precedente materia de análisis establece que, para ser lícita, la actividad empresarial estatal debe, en primer lugar, contar con una ley expresa aprobada por el Congreso de la República que autorice su desarrollo. Asimismo, el precedente señala que la ley debe establecer de manera clara y patente que la empresa o entidad estatal se encuentra habilitada para producir, distribuir, desarrollar o intercambiar bienes y servicios en determinada actividad, no admitiéndose autorizaciones tácitas ni interpretaciones analógicas o extensivas de la habilitación. Este criterio de la Sala es

⁴⁴ Para una posición crítica del precedente, *cf.*: OCHOA, C. «El principio de subsidiariedad de la iniciativa pública. Análisis del precedente aprobado por la Resolución N.º 3134-2010/SC1-INDECOPI». En: *Actualidad Jurídica*, tomo 206. Lima: Gaceta Jurídica, 2011, p. 33 y ss.

de particular importancia para determinar que efectivamente la universidad se encontraba violando el principio de subsidiariedad, como veremos más adelante.

El precedente señala, en efecto, que la actividad empresarial del Estado debe cumplir un objetivo de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. Sin embargo, establece que la autoridad de competencia no puede discutir si la actividad empresarial satisface un objetivo de tal naturaleza. En tal sentido, se limitará a comprobar que la ley que autoriza la actividad señala la razón de interés público o conveniencia nacional que sustentó su aprobación. Solo si la ley no precisa la justificación, se incumplirá este requisito.

El precedente para explicar por qué Indecopi no se puede pronunciar respecto a este requisito, señala que esto ocurre debido a que es el Congreso que debe determinar si se verifica dicho parámetro, lo cual nos parece discutible. De hecho, la ausencia de este requisito implica una vulneración al principio que venimos analizando, razón suficiente para considerar que nos encontramos ante una empresa estatal que está generando competencia desleal. En consecuencia, este requisito debería ser analizado también por la Comisión, que debe señalar que la empresa o entidad se encuentra violando el principio de subsidiariedad⁴⁵.

5.2. El precedente de la Sala en cuanto a la existencia de oferta privada suficiente

En primer lugar, debe tenerse en cuenta el concepto de mercado relevante. Para ello, la reso-

lución señala que debe recurrirse a lo dispuesto por el artículo 6 del Decreto Legislativo N.º 1034, que lo define como aquel compuesto a su vez por dos elementos. Primero, el mercado de producto relevante que es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Asimismo, el mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante.

Ahora bien, señala el precedente que un primer supuesto es aquel en el cual concurren con la empresa o entidad estatal dos o más empresas privadas no vinculadas⁴⁶. En este escenario se presume que las condiciones de competencia son las adecuadas y la oferta privada es suficiente. Por ello, la entidad o empresa estatal denunciada tiene la carga de probar, de un lado, que los privados establecidos no pueden absorber la demanda que liberaría en caso se retire y, de otro lado, que existen altas barreras a la entrada que impiden el ingreso de nuevos proveedores con capacidad de satisfacer la demanda que se liberaría.

Debe entenderse que ambos requisitos son concurrentes, puesto que el hecho de que los proveedores existentes no puedan absorber la demanda se resolvería a través del ingreso de nuevos competidores una vez que la intervención en dicho mercado se hubiera reducido. Señala la resolución que el primero de dichos requisitos requiere un análisis que pasa por determinar la capacidad instalada de las empresas, lo cual no es fácil de verificar. Asimismo, el segundo requisito implica un conjunto de supuestos que incluyen, evidentemente, las

⁴⁵ Para una visión distinta, leer AGURTO, C. y ALVARADO, O. “No todo tiempo pasado fue mejor. Algunos alcances sobre el principio de subsidiariedad y la Resolución N.º 3134-2010/SC1-INDECOPI”, en *Actualidad Jurídica*, tomo 206, Lima: Gaceta Jurídica, 2011, p. 61.

⁴⁶ Véase BULEJE, C. “La actividad empresarial estatal (lo que no se ve)”, en *Themis*, n.º 61, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012, p. 178 y ss.

barreras burocráticas a las que nos referiremos más adelante.

Si es que no se cumplen ambos requisitos, es evidente que la entidad o empresa se encuentra violando el principio de subsidiaridad. En este caso, además, la resolución nos recuerda que este criterio se encuentra establecido legalmente en el artículo 3 del Decreto Supremo N.º 034-2001-PCM, en el cual también se asigna la carga de la prueba, cual corresponde a la entidad denunciada.

En el segundo supuesto en que en el mercado relevante participen una empresa privada y una empresa estatal, no opera la presunción de oferta privada suficiente, por lo que, para concluir que la intervención estatal no es subsidiaria, la autoridad —a partir de sus actuaciones de instrucción y las pruebas aportadas por el denunciante— deberá constatar que la empresa privada cuenta con las condiciones para satisfacer la demanda que eventualmente se libere o que, en caso la oferta establecida no sea suficiente, no existen barreras que limiten la entrada de competidores potenciales.

Si dichas barreras no existen, siempre será posible que a ese mercado ingresen nuevos competidores, a fin de satisfacer la demanda liberada. Asimismo, es claro que la carga de la prueba en este caso corresponde a la autoridad, en aplicación del Decreto Legislativo N.º 1044, la cual se encontraría en mejor capacidad para probar. Los mecanismos para evaluar ello son equivalentes a los empleados en el supuesto anterior.

El tercer supuesto es que en dicho mercado solo participe la empresa o entidad estatal. Aquí no existe oferta privada, por lo que se evaluará la presencia de barreras a la entrada. Si no existen barreras, el precedente señala que lo más pro-

bable es que el sector privado no se encuentre interesado en incursionar en dicho mercado, concluyéndose —a diferencia de lo que ocurre en los dos primeros escenarios— que la empresa estatal cumple un rol subsidiario.

Continúa la Sala señalando que, en caso de que se determine que existen barreras a la entrada significativas, la participación también será subsidiaria, salvo que se defina que la presencia de la empresa o entidad estatal debe cesar al ser la barrera que desincentiva la entrada de los privados. Es preciso señalar que esto ocurre en muchos casos, puesto que la inversión privada se retrae cuando se encuentra al interior de un mercado muy regulado, como aquel donde participa una empresa estatal, que posee mecanismos para disuadir la participación de los privados.

5.3. Barreras burocráticas

De una lectura superficial del precedente se podría llegar a la conclusión de que la empresa estatal materia de análisis satisface el principio de subsidiaridad cuando existen barreras de entrada que impiden a la actividad privada satisfacer la demanda de los consumidores. Ello en realidad es cierto, pero solo a medias. De hecho, podría ocurrir que la responsabilidad de dichas barreras le corresponda al propio Estado, por lo tanto, se estaría ante una barrera burocrática.

En este orden de ideas, el precedente materia de análisis señala entonces que, si al realizar el análisis de subsidiaridad se detecta que las barreras a la entrada se encuentran contenidas en instrumentos normativos que la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas se encuentra facultada a remover, la autoridad deberá remitir los actuados a la referida comisión para que esta analice la pertinencia de iniciar

un procedimiento de oficio por imposición de presuntas barreras burocráticas ilegales o carentes de razonabilidad.

Finalmente, señala el precedente, si la barrera que impide el acceso al mercado se encuentra contemplada en una disposición que la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas no se encuentra facultada a analizar, la función que debe asumir la autoridad consiste en ejercer la “abogacía de la competencia” o “promoción de la competencia”, que le permite emitir opinión, exhortar o recomendar a las autoridades legislativas, políticas o administrativas sobre la implementación de medidas que aseguren la leal competencia, conforme al artículo 25 literal g) del Decreto Legislativo N.º 1044.

El sentido de la resolución de la Sala

Es evidente que el Indecopi se ha pronunciado en el precedente que venimos señalando en aplicación de esta norma y de sus alcances. Básicamente, el análisis de la Sala se ha centrado en definir si la universidad denunciada cumple con el requisito de autorización a través de ley expresa para efectos de la realización de la actividad empresarial, que se encuentra debidamente probada. En este sentido, es evidente que dicha actividad debe tener directa relación con los fines de la universidad, formar profesionalmente a los estudiantes, lo cual claramente no es el caso.

De hecho, la Sala ha señalado que la venta de pollos a la brasa realizada por “Pollería y Parrillería Universitaria” del CIS Frigorífico no se ajusta a la habilitación expresa contemplada en la Ley N.º 23733, ley universitaria, incumpliendo con ello el requisito previsto en el artículo 60 de la Constitución, por lo tanto, se confirma la resolución que declaraba fundada la denuncia contra la Universidad Nacional del Altiplano.

BIBLIOGRAFÍA

- AGURTO, C. y ALVARADO, O. “No todo tiempo pasado fue mejor. Algunos alcances sobre el principio de subsidiariedad y la Resolución N.º 3134-2010/SC1-INDECOPI”, en *Actualidad Jurídica*, tomo 206, Lima: Gaceta Jurídica, 2011.
- ARIÑO, G. *Principios de derecho público económico*. Granada: Comares, 1999, pp. 440-441.
- ARIÑO, G., DE LA CUÉTARA, J. y MARTÍNEZ, J. L. *El nuevo servicio público*. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- BANCO MUNDIAL. *Corporate Governance of State-Owned Enterprises in Latin America. Current trends and country cases*. Washington D.C.: World Bank, 2014.
- BERNANKE, B. y FRANK, R. *Principios de economía*. Madrid: McGraw-Hill, 2007.
- BULEJE, C. La actividad empresarial estatal (lo que no se ve), en *Themis* n.º 61. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012, pp. 167-186. Disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9038>
- CESPEDES, A. Conjeturas sobre algunos aspectos generales el funcionamiento y la regulación de las empresas públicas peruanas, en *Revista de Derecho Administrativo* n.º 5, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008, pp. 270-281. Disponible en <https://bit.ly/3bqcmgm>
- Decreto Legislativo N.º 1031 (23 de junio de 2008). Decreto Legislativo que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado. Presidencia de la República. Disponible en <https://bit.ly/2Rl8mXB>
- Decreto Legislativo N.º 1044. Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal (25 de junio de 2008). Presidencia de la República. Disponible en <https://bit.ly/3uNDZHS>
- Decreto Supremo N.º 176-2010-EF. (18 de agosto del 2010). Aprobación del Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1031, que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado. Presidencia de la República.
- DE VAL PARDO, I. *Administración de entidades públicas*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 1999.
- DROMI, R. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2000.
- DUVERGER, Maurice. *Instituciones políticas y derecho constitucional*. Barcelona: Ariel, 1962.
- GUZMAN, C. *Procedimiento Administrativo General*. Lima: Instituto Pacífico, 2020.

- GUZMAN, C. *La constitución política: Un análisis funcional*. Lima: Gaceta Jurídica, 2015, 870 pp.
- GUZMAN, C. “Las teorías existentes sobre el servicio público”, en *Foro Jurídico* n.º 1. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002.
- INSTITUTO PERUANO DE ECONOMÍA. Comentario Diario. Lima: IPE, 26 de junio de 2008.
- HAURIOU, A. *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Barcelona: Ariel, 1980.
- HUAPAYA, M. y TERRAZOS, J. Principio de subsidiariedad: consideraciones respecto a la aplicación constitucional del numeral 14.3 del D. Leg. N.º 1044 en materia de actividad empresarial del Estado. *Derecho & Sociedad*, n.º 31, Lima, 2008.
- KAFKA, F. *Teoría económica*. Lima: Universidad del Pacífico, 1994.
- KRESALJA, B. «La reserva de actividades económicas a favor del Estado y el régimen de los monopolios en las Constituciones de 1979 y 1993», en *Ius et Veritas* 11, n.º 22. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, pp. 272-306. Disponible en <https://bit.ly/3ybiqmO>
- KRESALJA, B. “El rol del Estado y la gestión de los servicios públicos”, en *Themis* n.º 39. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.
- OCHOA, C. *Bases fundamentales de la Constitución económica de 1993. La Constitución de 1993, análisis y comentarios*. Lima: CAJ, 1995.
- OCHOA, C. El principio de subsidiariedad de la iniciativa pública. Análisis del precedente aprobado por la Resolución N.º 3134-2010/SC1-INDECOPI. *Actualidad Jurídica*, tomo 206. Lima: Gaceta Jurídica, 2011.
- PAREDES, C. *La tragedia de las empresas sin dueño: el caso Petroperú*. Huancayo: Fondo Editorial de la Universidad Continental, 2020, 284 pp.
- Tribunal Constitucional. STC N.º 01535-2006-AA/TC del 31 de enero de 2008.
- VICKERS, J. y YARROW, G. *Un análisis económico de la privatización*. México: Fondo de Cultura Económica, 1991.

MARCO TEÓRICO PARA ENTENDER (Y ENFRENTAR) LOS PROBLEMAS DE DESEMPEÑO, INTEGRIDAD Y CORRUPCIÓN EN EL SECTOR PÚBLICO

Juan José Martínez Ortiz*

INTRODUCCIÓN

Es frecuente encontrar muchos textos que tratan de identificar y formular diagnósticos sobre problemas de desempeño, integridad y corrupción en el sector público. Además, también plantean propuestas de políticas y acciones para enfrentar dichos problemas.

Sin embargo, muchas veces queda la sensación de que los diagnósticos reflejan parcialmente los hechos, tomados o presentados según la subjetividad y preferencias de quien realiza tales diagnósticos. Lo mismo ocurre con las propuestas de política y acciones para enfrentar los problemas detectados. En muchos casos no queda claro cuál es el marco teórico que se utiliza y que sirva de sustento para explicar lo que sucede en la realidad y para escoger o decidir por una serie de políticas o acciones.

En el presente artículo se expone un marco teórico —basado en teorías económicas— que explique los problemas de desempeño, integridad y corrupción en el sector público. Para el desarrollo del marco teórico, seguiremos el marco planteado por Martínez (2006) y Martínez y Lavado (2016). En ambos textos, los autores utilizan la teoría del Principal-Agente¹.

* MARTÍNEZ, Juan José. Entendiendo la reforma del Estado a través del Problema de Agencia. En: *Revista de Derecho Administrativo* n.º 1. Círculo de Derecho Administrativo. Lima, 2006.

1 Un marco teórico similar es propuesto por la Corporación Andina de Fomento en Integridad en la políticas públicas. Claves para prevenir la corrupción. CAF Bogotá, 2019. La misma línea es seguida por Mauricio García Mejía, especialista Líder en Modernización del Estado del Banco Interamericano de Desarrollo, en Un marco conceptual: por qué algunos policías son corruptos y otros no. <https://blogs.iadb.org/seguridad-ciudadana/es/prevenir-la-corrupcion-policial/>

1. UNA EXPLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL PRINCIPAL-AGENTE

Existe una relación de principal-agente cuando se establece un vínculo entre dos sujetos o categorías de sujetos, uno denominado «principal» (que es el titular o dueño de una organización o de un recurso) y el otro, «agente». En esta relación el agente se compromete a realizar ciertas funciones, prestaciones o actividades en interés y beneficio del principal.

Si bien estas actividades son determinadas —*ex ante*— de manera general, la característica primordial de este tipo de vínculo está en que el alcance, momento y contenido específico de las funciones, atribuciones y actividades es determinada por el propio agente. En ese sentido, el agente tiene mucho margen de maniobra, que puede ser utilizado para bien o para mal. No siempre va a actuar alineado con los intereses del principal.

Bajo esta perspectiva, podemos considerar al Estado, al sector público, como un conjunto complejo de entidades, que han sido creadas por la ciudadanía para promover alcanzar y maximizar su interés y beneficio. La ciudadanía sería el «principal» en esto que llamamos Estado o sector público. Un principal que está constituido por un conjunto amplio y heterogéneo de sujetos.

Ahora bien, dado que el principal está constituido por un conjunto numeroso de personas, sería altamente complejo, que ellos asumieran —en conjunto— el gobierno y administración del Estado o sector público. Los costos de transacción serían altísimos, prohibitivos e impedirían su funcionamiento.

Para permitir el funcionamiento del Estado o sector público, los ciudadanos (el principal)

hemos delegado las funciones de gobierno y administración en un agente, que también es un conjunto de personas: los políticos y servidores públicos existentes en los diferentes niveles en el sector público.

Claramente existe una relación de principal-agente, porque los políticos y servidores públicos deben «governar» y «administrar» el Estado y el sector público teniendo en mente el interés y el beneficio de sus ciudadanos. Pero como vemos, esto muchas veces no ocurre.

Esto se manifiesta en problemas de integridad, corrupción y desempeño; que se concretan en innumerables actividades, modalidades, normas, políticas o regulaciones, promovidas, aprobadas o implementadas por ellos mismos, que sólo benefician a los agentes o a grupos de interés vinculados a ellos. Esto afecta la capacidad institucional del Estado y la obtención de resultados tangibles para la población.

1.1 Las causas o factores del problema principal-agente

Esta discrepancia entre lo que «debe ser» y lo que realmente sucede la explica la economía en la teoría del principal-agente. Esta discrepancia se produce por tres factores:

- Conducta racional, intereses propios y aprovechamiento potencial de los agentes.
- Asimetría de información que favorece a los agentes.
- Posibilidad de traslado de costos de parte del agente hacia el principal.

a) Conducta racional, intereses propios y aprovechamiento potencial

De acuerdo con este postulado, los políticos y servidores públicos son sujetos que actúan

racionalmente, guiados por sus preferencias particulares y, que consideran los beneficios y costos que conllevan sus decisiones. Esto significa que estas personas no son desinteresadas ni altruistas ni necesariamente orientadas al servicio público. Por tanto, ellos no van a perseguir necesariamente los intereses que beneficien a la colectividad, a menos que exista una buena razón para ello.

Este grupo persigue sus propios intereses o los de otros grupos a los que están vinculados (los denominados grupos de interés). Por otro lado, dado que estos sujetos tienen intereses homogéneos, tienen mayor facilidad de organizarse y presionar para conseguir normas, políticas, beneficios a su favor, a expensas de la ciudadanía.

b) Asimetría de información que favorece a los agentes (políticos y servidores públicos)

Otro factor que facilita el problema señalado es la falta de información o la asimetría de información que se da en esta relación. Esto significa que la ciudadanía (el principal, en esta relación) no tiene información sobre las actividades que realizan los políticos y servidores públicos (los agentes), o sobre su desempeño o, sobre su impacto social.

Esta situación favorece a los agentes, porque la ciudadanía al no poder tomar conocimiento de lo que sucede no puede adoptar medidas correctivas (en el ámbito político, legal o administrativo). Esta limitación de información también afectaría a los sistemas de supervisión y control (como se verá más adelante).

Por otro lado, también podría suceder que

la ciudadanía sí tome conocimiento de problemas en el desempeño de los políticos y servidores públicos, pero no pueda determinar la causalidad entre sus acciones y los resultados obtenidos, justamente, por existir poca información o porque no siendo clara la situación los agentes (políticos y servidores públicos) asignen tales resultados a factores exógenos o a otros sujetos. Ello impide a la ciudadanía tomar medidas correctivas.

c) Posibilidad de traslado de costos de parte del agente hacia el principal

El aprovechamiento y la conducta oportunista de los políticos y servidores públicos genera una serie de costos al Estado y a la ciudadanía, desde las remuneraciones pagadas a cambio de un nulo o mal desempeño hasta los sobrecostos y pérdidas que genera la corrupción.

Este costo es representado por los ingresos, bienes, prerrogativas, derechos o riqueza que son reasignados o transferidos desde la ciudadanía a los políticos y servidores públicos (agentes). En esta situación, únicamente mejora el nivel de bienestar de los agentes, ya que estos no asumen ningún costo o no realizan ningún esfuerzo adicional que amerite la percepción de dichos beneficios.

1.2 Una situación adicional. El problema de acción colectiva

Martínez (2006) y Martínez y Lavado (2016) señalan que otro elemento que explica los problemas de desempeño, integridad y corrupción en el sector público puede ser explicado por la teoría económica a través de lo que se denomina «acción colectiva».

Dado que el ciudadano individual representa

solamente una pequeñísima fracción del total de la ciudadanía y su interés particular constituye solamente una parte del «interés general» o de la «ciudadanía», se presenta el problema de «acción colectiva». Como efecto de ello, el ciudadano individual no cuenta con incentivo alguno para actuar frente a los problemas «públicos» (comunes a otros ciudadanos) que lo afectan o, frente a la actuación indebida del Estado o de quienes lo administran (los políticos y servidores públicos).

Si bien los ciudadanos debieran actuar para reducir los efectos del problema de agencia (frente a los políticos y los servidores públicos), su situación se ve agravada al verse afectados simultáneamente por el problema de acción colectiva. Ello, porque los ciudadanos no cuentan con incentivos para comunicarse entre ellos ni para tomar medidas frente a la situación de aprovechamiento en que incurren los agentes.

Como es conocido, el problema de acción colectiva se puede subdividir en dos problemas denominados: (i) El problema de la «apatía racional» y (ii) el problema del «polizante».

(i) Apatía racional

La apatía racional constituye una situación de «inmovilidad» del ciudadano (no actuación), que es consciente, individual y conlleva un perjuicio colectivo (a toda la ciudadanía). Esto ocurre porque ningún ciudadano asumirá (individualmente) los costos de coordinación u organización con otros o los costos de información, supervisión y fiscalización (monitoreo) de los políticos y los servidores públicos. Ello, porque dicho ciudadano individual tendría que asumir los costos de tales acciones (información +

coordinación + organización + monitoreo), sabiendo que todos recibirán los beneficios, porque estos se extenderán a todos los ciudadanos, sin posibilidad de exclusión².

Este ejercicio pone en peor situación al que tiene espíritu ciudadano, al que quiere tomar acción, porque al beneficio que recibe (derivado de su esfuerzo) se le debe deducir el costo (del esfuerzo) que asumió. En cambio, los ciudadanos que no hicieron nada solamente reciben el beneficio, dado que no asumieron ningún costo. Y sabiendo esto, muchos a pesar de tener la disposición para actuar no lo harán.

(ii) El problema del polizante

El problema del polizante se produce porque en su evaluación individual, el ciudadano aprecia que no es conveniente actuar (ni asumir los respectivos costos de dicha actuación). Para el ciudadano individual, es mejor esperar que «alguien más» (otro ciudadano) tome acción frente a la actuación disfuncional del Estado.

En este caso, el ciudadano individual no actúa porque espera la acción de algún otro ciudadano interesado en la solución de un problema público (de modo tal que la acción de uno beneficie a todos). El primer ciudadano no actúa porque espera recibir

2 Por ejemplo, si un ciudadano se interesa en la gestión municipal, podría invertir su tiempo y recursos en solicitar y analizar información presupuestal, documentos de gestión, contratos y presentar observaciones y propuestas. Si tiene éxito, ello podría contribuir a una mejora en la gestión del desempeño municipal, en los servicios brindados por ésta; lo cual beneficiará a todos los residentes en la localidad. Este beneficio es para todos los residentes. No se les puede excluir del beneficio. Sin embargo, sólo uno (el que actuó diligentemente y con espíritu ciudadano) asumió el costo.

los beneficios de la acción del segundo, sin haber asumido los costos correspondientes a dicha acción.

El problema con esta situación es que si todos piensan o esperan que alguien más actúe, ninguno lo hará y condenaremos a la ciudadanía a la inacción, dejando mayor espacio para el comportamiento oportunista de los políticos y servidores públicos y el desarrollo del problema de agencia.

Cuadro 1. Explicación del marco teórico

Conducta disfuncional de los agentes (políticos y servidores públicos). Ineficiencia, negligencia, fallas de integridad, corrupción	Problema de principal-agente	Conducta racional, intereses propios y aprovechamiento potencial.
		Asimetría de información
		Traslado de costos del agente al principal
	Problema de acción colectiva	Apatía racional
		Problema del polizone

2. ALTERNATIVAS, ACCIONES Y REMEDIOS FRENTE AL PROBLEMA DE AGENCIA

Para cada uno de las causas o factores del problema principal-agente, la teoría económica plantea medidas, acciones o remedios que pueden adoptarse.

2.1. Conducta racional, intereses propios y aprovechamiento potencial

El problema de agencia será mayor cuanto más grande sea el comportamiento oportunista de

los agentes señalados (políticos y servidores públicos). El grado o nivel de comportamiento oportunista depende de diversos factores, internos o externos que determinan el interés y la conducta de tales agentes.

Si nos referimos a factores internos, estos necesariamente tendrán que ver con la motivación y la «propensión» que tienen los políticos y servidores públicos para comportarse oportunamente. Esta «propensión» depende de un conjunto heterogéneo de factores (culturales, sociales, patrióticos, etc.), que afectan a cada persona de manera distinta y particular, y que tienen que ver con sus creencias, vivencias y valores.

A. Solucionar el problema de selección adversa

En ese sentido, se van a encontrar personas que tengan mayor motivación o propensión de servicio o al bienestar general. En esos casos, se podría esperar que el problema de agencia sea menor y que se presente un menor número o menor grado de conductas de aprovechamiento.

Nos encontramos en este contexto, frente a un problema de «selección adversa». Frente a ello, se deberían desarrollar estrategias y acciones que logren diferenciar las preferencias de los sujetos y reclutar a aquellos sujetos debidamente motivados con su labor y su rol, de modo tal que sus intereses o preferencias individuales se identifiquen o se aproximen más con los de la ciudadanía. Este es un ámbito típico para las reglas de ingreso aplicables a políticos y servidores públicos. Dichas reglas deberían incidir en formas para solucionar este problema de selección adversa.

B. Mantener la motivación y el interés en favor del bienestar general y la ciudadanía

Adicionalmente, durante el desarrollo de sus funciones, se debe mantener los valores, motivación, propensión hacia la ciudadanía y el bienestar general que tenían los políticos y servidores públicos (agentes). En tal sentido, es necesario realizar acciones de promoción de la integridad, ética, sentido de pertenencia, importancia del trabajo realizado, es decir, motivación y trabajo en valores. Esa es también una función que típicamente debería considerarse en los sistemas de recursos humanos.

C. Solucionar el problema del riesgo moral

Otro caso es el de personas que ya se encuentran laborando, cuyos valores, intereses o propensión puede o no estar orientado hacia la ciudadanía y el interés general. En este caso enfrentamos un problema de «riesgo moral». Frente a ello, se necesitan desarrollar medidas (externas) que mantengan o alineen los intereses de los agentes (políticos y servidores públicos), hacia el servicio o el bienestar general y hacia los intereses de la ciudadanía. Se trata de desincentivar esa conducta estratégica.

Para esto existen varios mecanismos que pueden adoptarse: (i) Mecanismos de información, (ii) establecimiento de reglas, (iii) mecanismos de supervisión y control, y (iv) mecanismos de incentivos (positivos y negativos).

i) Mecanismos de información

Contar con información es una condición indispensable para cualquier medida de alineación posterior de los agentes (políti-

cos y servidores públicos). Se requiere información sobre sus funciones, actividades, beneficios, desempeño, entre otros temas³. La información se convierte en un mecanismo eficaz, porque luego será utilizada para el desarrollo de los mecanismos de supervisión y control.

ii) Establecimiento de reglas

Como una forma de reducir la discrecionalidad de los agentes (políticos y servidores públicos), es común que se establezcan reglas de conducta (deberes y obligaciones) que se materializan en diferentes instrumentos normativos (leyes, códigos de conducta, buenas prácticas, etc)⁴. Estas reglas de conducta (deberes y obligaciones) pueden ser genéricas o específicas (detalladas).

Las obligaciones genéricas podrían resumirse en una frase que contiene dos obligaciones: «Político/servidor público actúa diligentemente poniendo el interés de la ciudadanía por encima del tuyo propio». A estas obligaciones genéricas, se les suele denominar «deberes fiduciarios» o «deberes de fidelidad».

La primera obligación es la denominada «obligación de diligencia», que significa que los servidores deben desempeñarse realizando su mayor esfuerzo, poniendo plenamente sus capacidades en favor de su organización.

La segunda es la obligación denominada de lealtad o fidelidad, lo cual que significa que el servidor debe privilegiar la posición y los intereses de la entidad y de la ciudadanía frente a los suyos (económicos, políticos,

3 El tema de la generación de información se desarrollará con más detalle en la siguiente sección.

4 Estas reglas podrían estar establecidas en códigos de conducta, en leyes sobre el servicio civil, entre otros.

familiares, sentimentales, sociales u otros).

Existe además el modelo de reglas de conducta específicas, por ejemplo, normas específicas que establecen incompatibilidades de funcionarios, normas que prohíben prácticas específicas como el nepotismo, reglas que establecen lo que un funcionario debe o puede hacer (como los sistemas administrativos).

iii) Mecanismos de supervisión y control

Las modalidades y mecanismos de supervisión y control son innumerables. Si se examina el momento de la intervención supervisora, se observa que existen modelos de supervisión y control previo (*ex ante*) y modelos de supervisión y control posterior (*ex post*)⁵.

En los sistemas de supervisión y control previo, pretenden intervenir antes que los agentes (políticos y servidores públicos) tomen decisiones y actúen. Este tipo de sistemas tienen por finalidad evaluar de manera previa el cumplimiento de las reglas o las acciones que van a desarrollar los agentes (*double check*). El problema de estos sistemas es su costo administrativo, porque requieren de grandes recursos para ser efectivos. Adicionalmente, pueden llegar a eliminar las ventajas de la relación de agencia (oportunidad y rapidez en la toma de decisiones).

Los sistemas de supervisión y control *ex post* implican una intervención luego de que los agentes han realizado las acciones que les competen. Se considera que este sistema es

más eficiente en la medida que no genera costos administrativos tan altos y mantiene las ventajas de la relación de agencia.

Al ser esta intervención posterior, lo que se pretende es poner en evidencia el comportamiento oportunista del agente y, de ser posible, «corregir» las decisiones adoptadas. Dada la probabilidad de «ser descubiertos» por la supervisión y control posterior, se prevé que si este sistema es eficiente, inhibirá la conducta oportunista de los agentes (políticos y servidores públicos).

Los sistemas de supervisión y control *ex post* pueden tener varias modalidades:

- Verificar si se cumplieron las reglas de conducta generales (los deberes fiduciarios)
- Verificar si se cumplieron las reglas de conducta específicas.
- Verificar el resultado o impacto de la conducta de los agentes (políticos y servidores públicos).

iv) Mecanismos de incentivos

Los sistemas de supervisión y de control son la forma de ingreso para la aplicación de los mecanismos de incentivos. Si se cumplen las reglas de conducta o la conducta es positiva, se pueden aplicar los incentivos positivos o beneficios. Si estas las reglas no se cumplen o la conducta es negativa, se pueden aplicar los incentivos negativos (males o consecuencias nocivas, que son no deseadas por los agentes o que afectan su nivel de bienestar).

Los incentivos positivos o beneficios pueden establecerse a través de normas legales⁶ o contractualmente.

5 Los mecanismos de supervisión estatal (internos o externos) no necesariamente son los más eficaces, porque los encargados de ponerlos en vigencia son servidores públicos, que también se encuentran en una relación de agencia con la ciudadanía. Por lo tanto, se podría presumir que su performance no necesariamente será óptima.

6 Por ejemplo, en normas del servicio civil.

Los incentivos negativos se establecen a través de mecanismos de responsabilidad administrativa, civil y penal. El objetivo de estos sistemas de responsabilidad es disminuir el nivel de comportamiento oportunista de los agentes (políticos y servidores públicos). Esto ocurrirá, frente a la inminencia de la sanción (administrativa o penal) o la afectación a su patrimonio (por la responsabilidad civil).

2.2 Asimetría de información que favorece a los agentes

La generación de información y su publicidad (transparencia) es un elemento que por sí mismo podría disuadir —en cierta medida— la conducta oportunista de los agentes (políticos y servidores públicos). Si alguien sabe que sus acciones, su conducta, sus resultados y su impacto van a ser públicamente conocidos y rápidamente descubiertos, ello inhibirá su tendencia al aprovechamiento.

Lo señalado va a ocurrir, porque la información es un insumo o condición necesaria para los mecanismos de supervisión y control y los mecanismos de incentivos.

Dado que existe una situación de asimetría, dicha información debe ser proporcionada por los agentes (políticos y servidores públicos) y generarse mecanismos para su publicidad o su entrega a la ciudadanía. En ese sentido, debería asegurarse lo siguiente:

- El establecimiento de un principio y regla general que establezca la publicidad de todas las actividades, productos, normas y regulaciones dictadas por las entidades estatales, así como de su impacto.
- El establecimiento de la obligación de cada entidad estatal de «generar» y proveer a la

ciudadanía de información.

- El establecimiento de mecanismos específicos de publicidad de la información. La información debe generarse y proveerse en sistemas de fácil acceso, que puedan ser compartidos y que permitan su análisis.
- El establecimiento de la obligación específica de entregar la información que demanden los ciudadanos en aplicación del principio de publicidad.
- El establecimiento de procedimientos claros y específicos para la entrega de información que demanden los ciudadanos.

Con estas características, la información podría (y debería) ser utilizada por los sujetos o entidades encargadas de los mecanismos de supervisión y control de incentivos y por la ciudadanía.

La generación y el análisis de la información se potencia mucho hoy en día con el uso de la tecnología.

2.3 Posibilidad de traslado de costos de parte del agente hacia el principal

Consiste en la posibilidad de que los agentes (políticos y servidores públicos) «internalicen» el daño o costo que han trasladado (externalidad), mediante su conducta oportunista. En este caso se utilizan los mecanismos de responsabilidad civil.

La responsabilidad civil permite que el Estado o la ciudadanía recupere de los agentes (políticos y servidores públicos), la pérdida que su conducta les ocasionó. En este caso, la responsabilidad civil se concreta en una indemnización que afecta el patrimonio de los agentes y restituye la pérdida de bienestar generada.

Si el sistema de responsabilidad civil funciona eficientemente, no sólo constituye un mecanismo de compensación o restitución de bienestar, sino también un mecanismo disuasivo, dado que seguramente los agentes (políticos y servidores públicos) no van a querer ver afectado negativamente su patrimonio.

3. ALTERNATIVAS, ACCIONES Y REMEDIOS FRENTE AL PROBLEMA DE ACCIÓN COLECTIVA

Si bien la ciudadanía es la principal interesada en lograr la atenuación del problema de agencia, esta no se involucra por el problema de acción colectiva. Para superarlo se podrían establecer incentivos positivos (de distinto tipo) a favor de sujetos u organizaciones de la sociedad civil, así como promover el «activismo» o «participación ciudadana».

Para ello, se debe subsidiar o reducir el costo de la información que necesitan tales sujetos u organizaciones. Además, se les debe otorgar un

incentivo positivo (un beneficio) por sus «servicios» supervisión y control.

Debidamente motivados, se podría lograr lo siguiente:

- Verificar y exigir el cumplimiento de la normatividad sobre generación de información estatal. Este aspecto es el primer paso, porque sin información no hay supervisión posible.
- Publicitar y difundir los resultados de la evaluación que se realice.
- Solicitar explicaciones («rendición de cuentas») a los agentes (políticos y servidores públicos).
- Analizar y sistematizar la información estatal generada realizando la evaluación y crítica respectiva.
- Proponer políticas y cursos de acción alternativos a los propuestos por los agentes (políticos y servidores públicos).

Cuadro 2. Clasificación de causas, problemas y alternativas, acciones y remedios

Causas o factores		Alternativas, acciones y remedios				
Conducta racional, intereses propios y aprovechamiento potencial	Selección correcta de agentes	Motivación y mantenimiento de valores alienados	Mecanismos de información	Establecimiento de Reglas	Mecanismos de supervisión y control	Mecanismos de incentivos
Asimetría de información			Mecanismos de información			
Traslado de costos del agente al principal			Mecanismos de información			Mecanismos de incentivos
Problema de acción colectiva			Mecanismos de información			Mecanismos de incentivos

4. REFLEXIÓN FINAL

El interés por mejorar el desempeño de los políticos y servidores públicos, así como reducir el nivel y magnitud de los problemas de integridad y corrupción, es relevante desde muchas perspectivas, ya sea como ciudadanos, impulsores de reformas y políticas públicas, ya sea como investigadores, entre otros.

En ese contexto, se requiere un marco teórico o mapa conceptual que expliquen estos fenómenos, pero que también nos brinden una ruta y tipos de herramientas que se pueden utilizar frente a ello. Así lograremos mejores diagnósticos y mejores propuestas de política pública.

UN ANÁLISIS DE LAS IMPLICACIONES DE LA ASIGNACIÓN DE TALENTO HUMANO EN LAS AGENCIAS PÚBLICAS DE *ENFORCEMENT**

Eduardo Melgar**

“Engineers like to solve problems.
If there are no problems handily available,
they will create their own problems.”
Scott Adams

“The first thing we do, let’s kill all the lawyers”.
Henry The Sixth, Part 2 Act 4, scene 2

INTRODUCCIÓN

Durante el verano de 1996, 45 jóvenes egresados de las carreras de Derecho, Economía e Ingeniería de distintas universidades del Perú fueron seleccionados para cursar estudios especializados en regulación de industrias de redes¹. Durante tres meses, los estudiantes admitidos debían coexistir en las mismas aulas, donde, bajo un enfoque que pretendía emular las condiciones reales de trabajo multidisciplinario en el sector, fueron adoctrinados conjuntamente en materias de derecho, economía e ingeniería. Uno de los resultados que más llamó la atención de los organizadores fueron las calificaciones obtenidas por los participantes. Contrariamente a lo ocurrido en los módulos de economía e ingeniería, en que los economistas y los ingenieros lograron, respectivamente, las calificaciones más altas; el resultado de las calificaciones de los abogados en los cursos de derecho no fue igualmente favorable para éstos, siendo largamente superados por los ingenieros.

* Este artículo se basa en una versión preliminar presentada en la XX Conferencia Anual del Latin American and Iberian Law and Economics Association (ALACDE). Agradezco las apreciaciones que José Carlos Aguilar, Miguel Tolentino, David Grández, Nuno Garoupa y John Braithwaite hicieron a una versión preliminar de este trabajo.

** Abogado. Máster en Análisis Económico del Derecho por la Universidad Complutense de Madrid y Master of Laws (LLM) por las universidades Erasmus de Rotterdam y Hamburgo. Es profesor de Análisis Económico del Derecho, Teoría de la Regulación y Economía Política. Presidente del Tribunal de Solución de Controversias del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel) y Director de Fiscalización y Sanción de la Autoridad de Transporte Urbano para Lima y Callao (ATU). Contacto: eduardo.melgar@emle.eu

1 Curso ofrecido, en conjunto, por los organismos reguladores Osiptel, Osinergmin y SUNASS, denominado «Curso de Extensión Universitaria en Regulación de Servicios Públicos».

¿Eran los ingenieros mejores abogados?

La pregunta fue particularmente relevante por dos razones. La primera, vinculada al cambio en la concepción del rol del Estado peruano en la economía iniciada en los años noventa, donde a la par de la liberalización y la privatización de los principales sectores productivos, se implementó un frondoso aparato público, compuesto principalmente por abogados e ingenieros, encargado de su supervisión. La segunda, referida a la legítima preocupación sobre el tipo de profesional que debería tener a su cargo la dirección de esta labor, considerando la importancia de los sectores productivos objeto de supervisión².

¿Debía priorizarse la contratación de abogados?

Un aspecto en contra de la contratación de abogados está constituido por el carácter marcadamente técnico de las materias objeto de supervisión, que requeriría de conocimientos diferentes a los que se impartían en las escuelas de Derecho. A ello se sumaban algunas voces que invocaban la deficiente formación ofrecida en las escuelas de Derecho del Perú, que motivó en el año 2009 la presentación de una iniciativa legal ante el Congreso de la República del Perú por parte del Colegio de Abogados de Lima, que proponía la suspensión de la creación de nuevas facultades de Derecho y el ingreso de nuevos estudiantes en las escuelas de Derecho existentes.

2 Solamente considerando la minería e hidrocarburos, el transporte, los servicios financieros y de seguros, las telecomunicaciones, y la electricidad, gas y agua, todos estos sectores regulados, al año 2013, el aporte de estos sectores al producto bruto nacional fue de 26.5 %. Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) (<http://www.inei.gob.pe/estadisticas/indice-tematico/economia/>).

¿Debía priorizarse la contratación de ingenieros?

Un aspecto en contra de la contratación de ingenieros reposa en el hecho de que, a pesar de su carácter técnico, la regulación se materializa mediante leyes y decretos, por lo tanto un conocimiento del andamiaje legal resulta necesario para la evaluación de su cumplimiento a través de la supervisión. El desconocimiento legal por parte del supervisor proporciona una ventaja comparativa a favor de las industrias supervisadas, cuyos departamentos regulatorios están conformados, en su mayoría, por abogados. Así pues la mera alegación de un formalismo legal o de una interpretación jurídica extensiva incrementa los escenarios de «acatamiento creativo»³, donde el regulado parece cumplir la regulación, no obstante que burla su objetivo.

Esta discusión, que parece enfrentar a abogados e ingenieros, no es nueva. En Estados Unidos propició un enfrentamiento público de dos reconocidos economistas en uno de sus diarios más importantes⁴, además de las declaraciones de personalidades influyentes del mundo del Derecho⁵, quienes expresaron su preocupación

3 Conforme a Baldwin, Cave y Lodge (2012), se denominan «acatamientos creativos al mecanismo y/o proceso mediante el cual los regulados evitan violar las normas, y lo hacen esquivando sus alcances, pero violando su espíritu». Supongamos que, para proteger a las tiendas pequeñas, un gobierno legisla la prohibición que señala que las tiendas que posean un terreno superior a los diez mil metros cuadrados no pueden abrir los domingos por la tarde. Una empresa minorista podría cumplir creativamente tal norma dividiendo las operaciones que realiza en doce mil metros cuadrados en dos operaciones enlazadas de seis mil metros cuadrados. De esta manera cumple con la ley, pero evita el objetivo de la legislación.

4 Epp, 1992a, Magee, 1992a.

5 En la reunión anual de 1991 de la American Bar Association, entre otros, el decano de la facultad de Derecho de la Universidad de Texas, el exdecano de la facultad de Derecho y presidente de la Universidad de Harvard, Derek Bok; el expresidente de la Corte Suprema, Warren E. Burger, y el vi-

por los «efectos nocivos» que la sobreoferta de abogados estaría generando en dicho país; que en el extremo, llevó al estado de Lousiana a proponer el cierre de dos escuelas públicas de Derecho⁶. La interrogante sobre la conveniencia de contratar más abogados o ingenieros parecía ser similar incluso en otras latitudes.

Si bien existe abundante literatura económica⁷ referida a que, bajo determinadas condiciones, la asignación del talento podría determinar el adecuado rendimiento de los sectores productivos, propiciando el crecimiento económico, el propósito de este trabajo es responder una pregunta más específica: ¿es posible establecer que, *ceteris paribus*, el desenvolvimiento de una agencia pública podría estar determinado por la asignación de su talento humano?

El presente estudio no busca determinar cuál debería ser la correcta asignación de talento o establecer la mayor importancia de una profesión respecto de la otra. Contrariamente a ello, se parte de una premisa fáctica: la convergencia de abogados e ingenieros es necesaria en la mayor parte de los sectores regulados, de modo que la agencia pública debería estar en capacidad de determinar —en relación a sus funciones asignadas— cuál podría ser el resultado de una asignación de talento específica, así como las consecuencias que de ello se deriven sobre el crecimiento económico.

Aun cuando el presente análisis se centrará en la denominada actividad de *enforcement*⁸, la perspectiva a ser adoptada en este trabajo no resulta exclusiva de ningún sector específico, de modo que el planteamiento que se ofrecerá debería, con ajustes mínimos, ser fácilmente replicable

en cualquier agencia que tenga encomendada el ejercicio de alguna potestad pública sobre una actividad productiva en particular.

En el primer acápite se elucidará el modelo económico de la asignación de talento humano y su estado de la cuestión, y se pondrá énfasis en sus implicancias sobre el crecimiento económico. En el acápite segundo, se justificará la razón por la que este estudio se enfoca en la evaluación del *enforcement* público, lo que servirá para avaluar las implicaciones de su asignación de talento. Luego, se expondrán algunas ideas sobre la teoría del *Public Enforcement of Law*, enfatizando en cómo puede incrementarse el crecimiento económico mediante la implementación de mecanismos de disuasión óptimos. El tercer punto presentará una metodología para evaluar el desempeño de la agencia pública de *enforcement*, adaptándola a fin de que sea estadísticamente independiente de su actual asignación de talento. Se iniciará estableciendo una correlación negativa entre el desenvolvimiento de la agencia pública de *enforcement* y su tasa de errores. El cuarto acápite se enfoca en la evaluación del desenvolvimiento de una agencia pública de *enforcement* específica donde, luego de introducir el factor de asignación de talento, se comparará este con la tasa de errores de dicha agencia. Finalmente, se mostrarán las conclusiones.

1. ¿DEBEMOS “MATAR” A TODOS LOS ABOGADOS?: EL MODELO ECONÓMICO DE LA ASIGNACIÓN DEL TALENTO

1.1. Estado de la cuestión

El debate sobre la existencia de una relación entre el número de abogados y la tasa de creci-

cepresidente, Dan Quayle. Ver Cross, 1992a, Priest, 1993.

6 Priest, 1993.

7 Véase numeral 2.1 del presente estudio.

8 Polinsky y Shavell, 2005.

miento económico de un país fue iniciado por Olson (1982) en su libro *The rise and decline of nations*, donde explora el motivo por cuál algunas naciones crecen rápidamente mientras otras no. Para este autor, el diferencial de las tasas de crecimiento económico que puede presentar un país en diferentes periodos es consecuencia de las elecciones de sus ciudadanos al momento de decidir si se embarcan en actividades productivas o meramente redistributivas (denominadas *rent-seeking activities*); lo que le permite señalar que una gran proporción de la actividad de los abogados se caracteriza por ser meramente redistributiva, y no aporta a la mejora del crecimiento económico.

Con posterioridad a Olson, el debate sobre los efectos del número de abogados sobre el crecimiento económico se divide entre los que, empleando el análisis estadístico, encuentran en el *lawyerification*⁹ la causa de la disminución de la tasa de crecimiento económico (escuela del *lawyerification*); los que cuestionan la existencia de una correlación entre el *lawyerification* y el crecimiento económico debido a deficiencias en el análisis empírico empleado (detractores del *lawyerification*); y, quienes arguyen que el resultado de los estudios efectuados no pueden ser concluyentes dado que no se sustentan en un real entendimiento de las tareas que efectúan los abogados y sobre el verdadero rol en la sociedad (críticos del *lawyerification*).

1.1.1 La Escuela del *Lawyerification*

En el inicio, Laband y Sophocleus (1988) buscaron cuantificar la relación entre la incidencia del *rent-seeking* en la economía de Estados

Unidos y el tamaño/crecimiento de dicha economía, enfocando su atención en el *rent-seeking* legal/político en la economía del referido país, empleando como *proxy* el número de abogados en ejercicio, donde compararon el número de firmas de abogados con el cambio de ratio de abogados/banqueros. Los autores encontraron que el *rent-seeking* costó a la economía estadounidense un adicional de 22,6 % del producto bruto interno (PBI) en 1985.

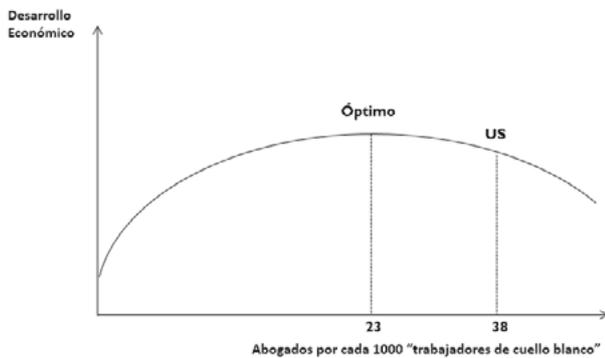
Algún tiempo después, Magee, Brock y Young (1989) alegaron que el exceso en la demanda de abogados en Estados Unidos afectaba el crecimiento económico de ese país; mostraron que los países con una relativamente alta proporción de abogados/médicos presentaban una tasa relativamente baja de crecimiento per cápita de su PBI, lo cual les permitió concluir que un incremento en el número de abogados puramente redistributivos, predatorios en un país puede incrementar los ingresos y el crecimiento en el corto plazo, pero reduciría tal crecimiento en el mediano plazo¹⁰.

Baumol (1990) destaca que las reglas del juego de una sociedad determinan la rentabilidad relativa que reciben las diferentes actividades empresariales, de modo que los cambios en estas determinan si los empresarios se dedicarán a una actividad predominantemente productiva, improductiva o destructiva, que determina el grado de crecimiento económico de una nación.

Murphy, Shleifer y Vishny (1991, 1993) señalan que la atracción ocupacional es determinada por el tamaño del mercado, los rendimientos

9 Cross (1992) emplea el término *lawyerification* para describir la situación por la cual un número cada vez mayor de ciudadanos de una nación elige ejercer como abogado en lugar de embarcarse en otras ocupaciones.

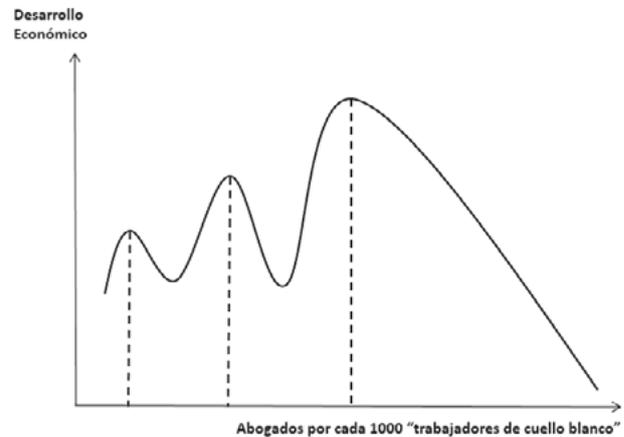
10 Los autores emplean la frase «spuriously positive invisible foot effect» (en referencia al «invisible hand effect» o efecto de la mano invisible); que ocurre cuando las externalidades negativas de una actividad exceden los beneficios de sus externalidades positivas, expandiéndose y conllevando importantes efectos negativos

Figura 1. Curva de Magee¹¹

Fuente: Magee, 1992

de escala y retribución de los contratos, y cuánta renta puede ser capturada por los sujetos con talento, enfatizando que el tipo de actividad escogida por las personas más talentosas tiene un efecto significativo en la asignación de los recursos. Para estos autores, los países con tasas relativamente más altas de estudiantes de ingeniería alcanzan un crecimiento económico relativamente mayor; en relación con aquellos otros, donde predominan altas tasas de estudiantes de derecho, donde las tasas de crecimiento económico son sustancialmente menores.

Magee (1992a, 1992b, 2010) señala que existe un número económicamente óptimo de abogados. Su contribución más significativa es conocida como la Curva de Magee (Figura 1), la cual revela el carácter continuamente no negativo de la relación entre el número de abogados y el crecimiento económico, lo que implica que países con un número óptimo de abogados *per cápita* presentan las más rápidas tasas de crecimiento económico; en relación con aquellos

Figura 2. El modelo de Epp

otros situados fuera de aquel, donde el efecto del trabajo de los abogados es negativo.

1.1.2 Los detractores del *lawyerification*

Epp (1992a, 1992b, 1992c) señala que la estimación sobre el número de abogados efectuada por Magee, así como la data empleada es inexacta, lo que afectaría las conclusiones. De acuerdo con Epp, no existe una relación entre el incremento en el número de abogados y la contracción del crecimiento económico en Estados Unidos, porque los abogados contribuyen de modo significativo para la producción de bienes sociales (como libertad individual y democracia) —hecho no considerado por Magee—, los cuales favorecen, además, con la reducción de los costos de transacción de los agentes económicos.

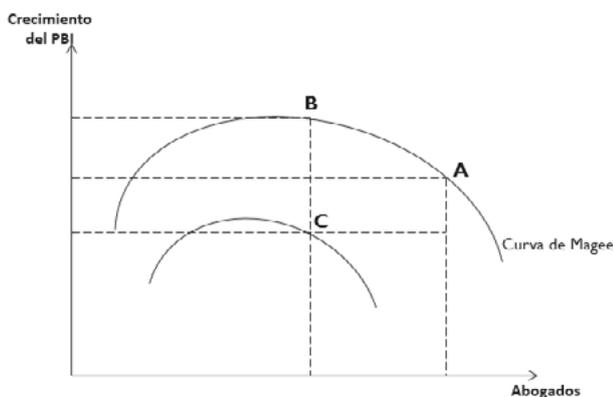
Para Epp, con relación a la «curva de Magee», puede existir más de un punto óptimo que determine diferentes curvas, aspecto que debería verificarse empíricamente y no deducido a partir de la mera teorización (véase Figura 2).

Cross (1992) critica el estudio de Magee porque las mediciones de los efectos negativos del *lawyerification* sobre el bienestar nacional son altamente inciertas e incompletas. Según este

11 La Figura 1 es utilizada por Magee para analizar la situación de Estados Unidos. Mediante la curva ella ilustra una situación no óptima, donde la ratio es 38 abogados por cada 1000 trabajadores de cuello blanco (white collar workers), lo que contrasta con el número óptimo de abogados, que es de 23 por cada 1000 trabajadores de cuello blanco.

autor, una de las más importantes actividades de los abogados es la creación de bienes sociales no mercadeables como la libertad de expresión y el debido proceso. Dado que estos bienes no están monetizados, son infrecuentemente considerados en las mediciones estadísticas, a pesar del valor que generan para la sociedad, expresado en distintas formas de crecimiento económico.

Figura 3. La «curva de Magee» revisada



Fuente: Cross, 1992

Con relación a la «curva de Magee», Cross señala que no existe razón para concluir que los primeros abogados ubicados a la izquierda de dicha curva son más eficientes que los últimos posicionados en la derecha. Para explicarlo, emplea la «Curva de Magee» (Figura 3), y explica que no existe razón sólida alguna para afirmar que al desplazar el número de abogados del punto A hacia el punto B se conseguirá un incremento del crecimiento económico, pues esta idea reposa en la asunción de que todos los malos abogados desaparecerán una vez que ocurra tal desplazamiento, mientras los buenos abogados continuarán trabajando.

No obstante, en lugar de moverse a lo largo de la curva, el servicio legal podría desplazarse hacia una nueva curva y terminar en el punto C, por ende no existe razón para afirmar que C

implica un mayor crecimiento económico que A, el punto inicial.

1.1.3 Los críticos del *lawyerification*

Aun cuando se reconoce a Olson (1982) como el primer precedente del debate sobre el número óptimo de abogados, unos años después este mismo autor (1992a, 1992b) se refiere al debate sostenido entre Magee y Epp, y señala que los abogados son necesarios para la sociedad, pues si no existiera el Estado de Derecho, y por tanto la abogacía, no se contaría con derechos de propiedad bien definidos, ni ejecución imparcial de los contratos, lo cual es fundamental para una economía de mercado próspera. Asevera que Magee tiene razón cuando afirma que una sociedad puede tener muy pocos o demasiados abogados, y concuerda con la idea de un número óptimo de abogados; no obstante, añade que este hecho se deriva de la existencia de un sistema legal óptimo. Por otro lado, reconcilia los puntos de vista de Magee y Epp, al expresar que en la afirmación del último subyace la idea de Magee, en el sentido de que, así como existe un número óptimo de ingenieros para el crecimiento económico, también hay un número óptimo de abogados cuando estos profesionales se encuentran en el lado correcto del sistema legal.

Keefer (1992) considera que enfocarse únicamente en el número de abogados implica un problema en la determinación del origen de la causalidad, pues no queda claro si es la expansión en el número de abogados lo que incrementa las deficiencias en el sistema legal, y que a su vez afecta el crecimiento económico o si son las deficiencias en el sistema legal las que generan el incremento en el número de tales profesionales.

En la misma línea de los autores mencionados, Sander (1992) refiere tener «poca confianza»

acerca de los métodos estadísticos empleados para extrapolar algunas conclusiones sobre el efecto del número de abogados, señala que la proliferación de la actividad legal podría ser más un síntoma que la causa del problema. Priest (1993) señala que la más importante pregunta no radica en determinar si existen o no demasiados abogados, sino si la sustancia y estructura del régimen legal imperante promueve o disminuye el bienestar social; asimismo afirma que es el sistema legal en el cual se desenvuelven los abogados —y no su número, que considera insuficiente en los Estados Unidos— lo que determina el aumento o disminución del crecimiento económico, de ello se desprende que es más importante la evaluación de cómo un determinado sistema legal contribuye a acrecentar o contraer el bienestar social y el grado de competitividad, en lugar de ahondar en si este determina el número de abogados.

1.2 Opiniones más recientes

Algunos años después, Acemoglu (1995) señaló que la ganancia relativa que recibirá un agente se encuentra determinada no solamente por la estructura de pagos (derivada, por ejemplo, del sistema legal), sino también por la externalidad producida por agentes improductivos operando en una economía. Para este autor, la estructura de pagos no es exógena, sino endógena, debido a que el grado de las actividades *rent-seeking* influyen los pagos relativos obtenidos por los agentes económicos, lo que significa que ambas, las asignaciones de talento pasadas así como las expectativas de asignaciones de talento futuras, pueden influenciar la actual estructura de pagos de los agentes económicos, propiciando la denominada «dependencia histórica», la cual ejerce dominio sobre

sucesivas generaciones.

De modo más reciente, Ebeke, Omgba y Laajaj (2015) señalan que no es exacto que algunas profesiones sean inherentemente más productivas que otras, pues todas las profesiones contribuyen a la producción. En ese sentido, al tener mejor acceso a las rentas que otras, la excesiva oferta de algunas profesiones es generada por la combinación de recursos naturales e instituciones pobres. En consecuencia, la decisión de moverse de una categoría de actividad a otra va a depender de la rentabilidad de cada sector, y esta rentabilidad está a su vez determinada por la calidad de las instituciones de un país. De acuerdo con ello, quedaría eliminada la asunción de que los graduados en ingeniería contribuyen al crecimiento económico de un modo superior que los graduados en derecho. Sin embargo, puede existir un exceso en la oferta de abogados cuando las instituciones son pobres y tales profesionales tienen mejor acceso a las rentas que otros, capturando por tanto la parte de la renta que depende de la calidad de las instituciones.

2. ASIGNACIÓN DE TALENTO Y DESENVOLVIMIENTO DE LAS AGENCIAS PÚBLICAS

2.1 ¿Por qué es importante la asignación del talento?

Se piensa que la asignación del talento y sus efectos concomitantes en el crecimiento económico de las naciones ocurren únicamente en los mercados privados, donde la existencia de rentabilidad relativa lleva a que los agentes económicos escojan convertirse en productores puros (o empresarios) o capturadores puros (o *rent-seekers*). No obstante, la asignación de profesionales no solamente ocurre en los mercados privados, pues un gran número de estos

desarrollan actividades en el sector público. Una de estas actividades es la denominada *enforcement* de los derechos de propiedad, contratos y regulaciones, la cual —como ha sido reconocido por diversos autores, entre otros, North (1989, 1990); Clague, Keefer, Knacky Olson (1999); La Porta, Lopez, Shleifer, & Vishny (1999); Aron (2000); Cross (1992.a); Olson (1992.a, 1992.b); Keefer (1992), Knack & Keefer (1995); Acemoglu, Johnson, & Robinson (2001); Estrada (2002); y, Irmen & Kuehnel (2014)— incrementa la productividad de las naciones genera efectos positivos en sus economías y se constituye en un instrumento para su crecimiento económico. Siguiendo a Estrada (2012), es importante enfatizar que existe una correlación positiva entre el desenvolvimiento económico —o grado de competitividad— y la calidad de las instituciones, incluyendo el *enforcement*.

Instituidas a la par o con posterioridad a procesos de liberalización, privatización o posregulación de mercados, es común encontrar agencias públicas especializadas, en las cuales están asignados profesionales de diferentes carreras y experiencias, reclutados como servidores públicos, a quienes se les asigna la labor del *enforcement* de la regulación sectorial, también conocida como la actividad supervisora o inspectora, fiscalizadora y sancionadora.

Muchas de estas agencias públicas especializadas están caracterizadas por la profusa regulación y marcada especialización, lo cual determina a su vez, el carácter multidisciplinario de las materias objeto de *enforcement*, el tipo de talento profesional asignado, la división de tareas existentes y la cantidad y calidad de sus rendimientos por trabajador. Para efectos del presente estudio, se considerarán únicamente dos profesiones: abogados e ingenieros.

Aun cuando es reconocido que todas las profesiones contribuyen al *enforcement* de la regulación sectorial, lo cierto es que la estructura de pagos imperante en el sector público podría determinar también la rentabilidad relativa existente, lo que podría explicar la mayor preponderancia de un tipo específico de profesional respecto de las demás disciplinas, de modo similar a como ocurre en el sector privado. Así, siguiendo a Ebeke *et al.* (2015) y partiendo de la idea que no existen profesiones puramente «productivas» o puramente «cazadoras de rentas» (o *rent-seekers*), sino que el diseño institucional es el que determina la estructura de pagos y, por ende, la correspondiente rentabilidad relativa, podrán encontrarse agencias públicas en las que alguna categoría de profesional podría tener mejor acceso a las rentas que otras, lo cual determinará su mayor preponderancia.

Aunque la preeminencia de un determinado tipo de profesión al interior de las agencias públicas podría tener incidencia únicamente respecto de su productividad —*outputs*—; en el caso específico de las agencias públicas que tienen a su cargo el *enforcement* de la regulación, dicha productividad estará vinculada a cómo se efectúa el proceso de *enforcement*, que ciertamente incluye los *inputs* empleados para producir tales *outputs*. Por lo tanto, únicamente en la medida que el *enforcement* genere disuasión óptima, mediante la minimización de los costos o pérdidas sociales causadas por los incumplimientos regulatorios, ello permitirá la consolidación de una sociedad libre de desviación de recursos privados; y esto —en concordancia con lo señalado por Hall & Jones (1999), en el sentido que las unidades productivas serán recompensadas por la cantidad total de su producción y las unidades individuales no necesitarán invertir en desviación de recursos

(*avoiding diversion*)— conllevará la expansión de la frontera de posibilidades de producción y generar crecimiento económico.

Por consiguiente, es extremadamente importante asegurar la más alta calidad en la producción de los *outputs* de la actividad de *enforcement* a cargo de una agencia pública. Surge en este punto la pregunta de si tales *outputs* pueden estar determinados por la presencia de un tipo particular de profesional o en otras palabras, si la asignación del talento humano (que determina el tipo de profesional que prevalece en una agencia pública) tiene alguna incidencia en relación a su desenvolvimiento, *ceteris paribus*. Esta será la pregunta de investigación que guiará este estudio. Para tales efectos —y de manera previa a la evaluación de la asignación del talento humano en las agencias públicas de *enforcement*—, es necesario introducirse dentro de la teoría del *Public Enforcement Law*, a fin de determinar cuál es el objetivo de esta actividad, su grado óptimo, qué debe entenderse por *inputs*, *outputs* y *outcomes* de *enforcement* y cómo se evalúa su *performance*.

2.2 Teoría y objetivo del *Public Enforcement of Law*¹²

Desde una perspectiva de bienestar social, el problema central de la agencia de *enforcement* puede ser visto como uno de maximización de dicho bienestar, entendido este como los beneficios obtenidos por el infractor, menos los costos incurridos para evitar el daño, el daño que los infractores causan, el costo de su captura y el de imposición de la correspondiente sanción. En ese sentido, se entenderá como bienestar social a la suma de los beneficios por

cometer la infracción, menos el valor neto de los daños cometidos a la sociedad y los costos de *enforcement*¹³.

Visto de modo similar, el objetivo de la agencia de *enforcement* es la minimización de la pérdida social de las infracciones, para lo cual deben considerarse los daños provocados por el infractor, los costos de su detección y sanción y el costo social del castigo. El objetivo antes referido se consigue al minimizar el daño causado por la infracción y el costo de su detección e imposición.

Ahora bien, se asume que la decisión de infringir las normas parte de un análisis costo-beneficio de los individuos, según el cual, considerando que el individuo es neutral al riesgo¹⁴, cometerá un ilícito sólo si éste le genera al infractor un retorno privado, es decir, si su beneficio esperado supera al costo esperado, que incluye la posibilidad de recibir una sanción por parte de autoridad. En caso el beneficio esperado esté por debajo del costo esperado, el individuo será disuadido de cometer la infracción; de ocurrir lo contrario, se cometerá el ilícito.

Si se busca compensar el daño generado por la comisión de una infracción, y asumiendo que la agencia no incurre en gastos de *enforcement*, y que la determinación del infractor se produce con certeza y sin errores, la sanción que debería enfrentar un infractor debería ser igual al daño cometido.

Así, en un contexto de sanciones monetarias, para compensar el daño cometido por una de-

12 En base a los trabajos de Becker (1968) y Stigler (1970), continuados luego por Polinsky y Shavell (1979, 2000, 2005) y Hylton (1998 y 2005).

13 Los gastos de *enforcement* son aquellos en los que incurre la agencia para la aprehensión e imposición del castigo a los infractores.

14 Las partes cometerán un acto sólo si su beneficio esperado por hacerlo supera la sanción esperada.

terminada infracción, la multa óptima debería ser igual al daño esperado o al daño efectivamente realizado dividido entre la probabilidad de detección y sanción de la infracción.

No obstante, para disuadir actos socialmente indeseables, bastaría hacer que la infracción no sea privadamente rentable para el infractor, considerando la ganancia obtenida por este último.

Si la agencia está en capacidad de calcular, sin errores, la ganancia obtenida por el infractor, la imposición de una multa igual al beneficio esperado por el infractor —teniendo en cuenta la probabilidad de que la infracción sea detectada por las autoridades y sancionada— conseguiría el objetivo de disuadir actos indeseables.

3. EVALUANDO EL DESENVOLVIMIENTO DE UNA AGENCIA PÚBLICA DE ENFORCEMENT REGULATORIO

3.1. *Inputs, outputs y outcomes*

Comúnmente, la producción de bienes y servicios por parte del Estado requiere el empleo de diversos insumos y el seguimiento de una serie de pasos, de modo que existe una relación entre las entradas o *inputs* (recursos utilizados al inicio de un proceso productivo) y las salidas o *outputs* (los resultados de dicho proceso).

Una tarea importante para la evaluación del desenvolvimiento de un proceso productivo en particular es la determinación de los *inputs* y *outputs*. Para efectos de la presente evaluación, una primera aproximación de los *inputs* estará representada por el presupuesto asignado a la división de la agencia de *enforcement*, el *staff*, los años de experiencia o entrenamiento de su personal, entre otros.

En los *outputs*, las variables serán el número de acciones de monitoreo, el número de acciones de monitoreo con incumplimiento regulatorio, el número de expedientes administrativos donde se evalúa el referido incumplimiento regulatorio, el número de expedientes administrativos que culminan con la imposición de una sanción administrativa, el número de expedientes administrativos que culminan con la imposición de una sanción de tipo monetaria, el número de expedientes administrativos donde dicha sanción monetaria es efectivamente cobrada, entre otros. No obstante, en ambos casos, tal análisis podría resultar incompleto o llevar a conclusiones sesgadas, dada la posibilidad de que exista información que no hubiese sido considerada por diversos factores, entre los que Cofee (2007) destaca la eventualidad de captura de la agencia por parte de grupos de interés que conllevaría la realización de pocas acciones de supervisión o a la imposición de reducidas sanciones monetarias.

Debido a que esta subsección se enfoca en la evaluación del desenvolvimiento de una agencia de *enforcement* en relación a un *input* en particular —el factor de la asignación de talento (abogados versus ingenieros)— (Figura 4), adquiere especial relevancia diferenciar entre salidas (*outputs*), resultado intermedio (*intermediate outcomes*) y resultado final (*ultimate outcomes*). En el primer caso, se tratará de los bienes o servicios producidos por las divisiones o gerencias que participan del proceso de evaluación del cumplimiento regulatorio; en el segundo, los beneficios y cambios deseados resultantes de los *outputs* obtenidos; y, en el tercero, el resultado o consecuencias obtenidas en el largo plazo.

Sin perjuicio de una mayor profundización más adelante, es importante mencionar que

Figura 4. Asignación de talento humano en el proceso productivo del *enforcement*

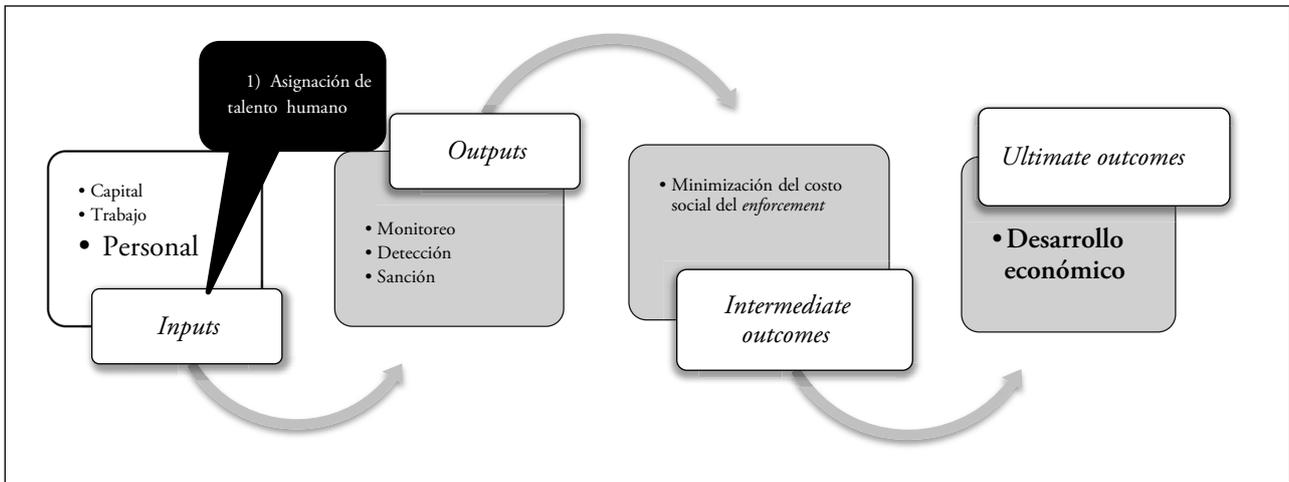
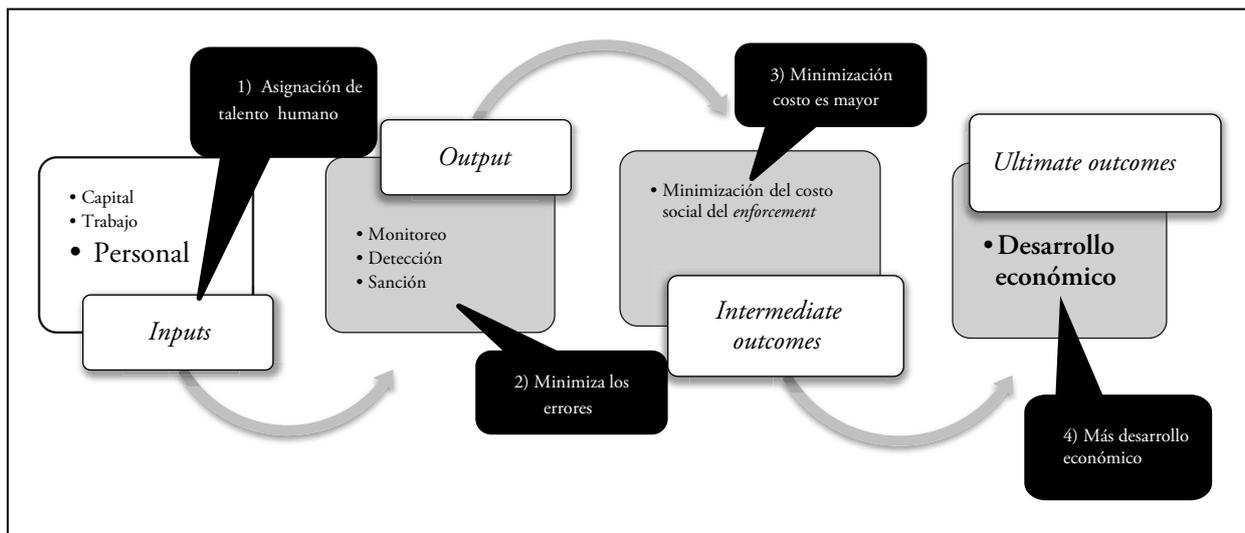


Figura 5. Evaluación del proceso productivo del *enforcement*



—para efectos de este trabajo— se considerarán *outputs* las resoluciones o actos administrativos con los que concluye un expediente de evaluación del cumplimiento del marco regulatorio; *resultado intermedio*, la minimización de los costos o pérdidas sociales de los incumplimientos regulatorios, y, *resultado final*, la consolidación de una sociedad libre de desviación de recursos privados, lo que conlleva al crecimiento económico.

Como se advierte, se requiere que la agencia encargada del proceso productivo de *enfor-*

cement genere *outputs* de una calidad tal que asegure la obtención del *resultado intermedio* y *final*; o, dicho en otras palabras, que tales *outputs* reflejen estándares adecuados de calidad.

Una manera sencilla de aproximarse a la idea de calidad es exigiendo que el proceso de *enforcement* en el que se evalúa si el regulado ha cumplido o no con las obligaciones a su cargo, sea llevado a cabo observando una serie de garantías procesales que permitan que la resolución o acto final de condena o de absolución al investigado esté ausente de errores (Figura 5).

En la siguiente sección se evalúa qué es un error, los tipos de error más frecuentes, sus efectos sobre el nivel óptimo de disuasión y de actividad de los regulados y el *enforcement* óptimo teniendo en consideración la probabilidad de ocurrencia de tales errores.

3.2. Efecto de los errores sobre el nivel de disuasión

En la subsección 2.2 se ha asumido que los agentes de *enforcement* no cometen errores durante el proceso de *enforcement*, es decir, se condena a los individuos que efectivamente trasgreden la ley y se exonera de responsabilidad a quienes no lo hacen. Sin embargo, esta asunción está lejos de la realidad. En la medida que el cumplimiento de los estándares de conducta exigidos por la ley es difícil de observar u evaluar por los reguladores y los tribunales, se cometen errores con frecuencia.

Conforme a Polinsky y Shavell (2005), los errores que pueden ocurrir son principalmente de dos tipos:

- *Error de Tipo I o absolución errónea*: un individuo que debería ser declarado responsable podría, erróneamente, no ser encontrado responsable (*mistaken acquittal*).
- *Error de Tipo II o condena errónea*: un individuo que no debería ser encontrado responsable podría, erróneamente, ser encontrado responsable (*mistaken conviction*).

Ambos tipos de errores imponen costos directos a los individuos, además de los costos que suponen para la agencia de *enforcement*. Debido a que el sistema legal existe para influenciar a los agentes económicos respecto del nivel óptimo de actividad y el nivel de cuidado que estos deben elegir, la presencia de errores incrementa los costos de *enforcement* y afecta la disuasión óptima.

Los costos sociales de las condenas erróneas fueron inicialmente incluidos en el modelo desarrollado por Becker (1968) y por Harris (1970), quienes refieren que hay una pérdida para la sociedad si una persona inocente es erróneamente condenada. En la medida que exista la probabilidad de que una persona culpable no sea castigada (error de Tipo I), aumenta la posibilidad de que una persona inocente sea condenada (error de Tipo II).

Algún tiempo después, Png (1986) consideró la existencia de errores judiciales, enfocándose en la manera en que estos afectan la disuasión. Para este autor, dado que los individuos que no han violado la ley serán condenados, el costo de violar la ley, en relación con no hacerlo, disminuye para el trasgresor, debido a que la probabilidad de condena del infractor se reduce, puesto que serán «otros» quienes pagarán el «precio» de no cumplir la ley.

En la medida que el costo esperado ha bajado, la disuasión también lo hace. El resultado de ello será más infracciones de la ley. Aunado a lo anterior, la probabilidad de que los no infractores pueden estar sujetos a la sanción tendrá un efecto negativo sobre el nivel de actividad del agente infractor, debido a la probabilidad de ser erróneamente condenado a una sanción. En consecuencia, tanto culpables como inocentes deberán pagar un «precio» mayor.

Para Lando (2004), las condenas erróneas (error de tipo II) pueden subdividirse en dos subtipos:

- *Errores de actos (mistakes of acts)*: suceden cuando un individuo es condenado y castigado por un acto que no es un ilícito.
- *Errores de identidad (mistakes of identity)*: ocurren cuando un individuo es condenado y castigado por un ilícito cometido por otra persona.

En el caso de los «errores de identidad», según Lando (2004), las condenas erróneas no ponen en peligro la disuasión, pues, en la medida que también los infractores pueden ser condenados y castigados por los ilícitos de «otros», los pagos esperados para no cometer el ilícito disminuyen en la misma medida para los individuos honestos y para el infractor.

Garoupa y Rizzolli (2012) demuestran que incluso para los denominados «errores de identidad», las condenas erróneas bajan la disuasión. Para ambos autores, una consecuencia importante de la existencia de «errores de identidad» no ha sido considerada de manera apropiada por Lando, puesto que por cada error de condena a un individuo «honesto» o a un «infractor»¹⁵ existirá —a su vez— una errónea absolución de aquel individuo objetivamente «culpable» en los hechos (absolución errónea o error de tipo I), puesto que el ilícito «sí ocurrió»¹⁶. Los autores, demuestran que, sin excepción, las condenas erróneas disminuyen la disuasión. Incluso si las probabilidades de errores influyen en «honestos» e «infractores» por igual, la disuasión disminuye porque la probabilidad de un «error de identidad» también afecta las absoluciones erróneas de los

realmente «culpables».

Dos importantes efectos que se derivan de los errores de convicción o de condena son la reducción del nivel de disuasión y la reducción del nivel de actividad. Siguiendo a Png (1986)¹⁷, a fin de enfrentar el primer efecto y, por tanto, asegurar que la elección entre violar la ley y no violarla refleje el costo neto o daño social, es necesario que, cuando la sanción sea impuesta a individuos neutrales al riesgo, el valor esperado de dicha sanción sea mayor al daño causado, a fin de que cubra la porción disminuida por la reducción ocurrida en la probabilidad de detección y sanción. Para enfrentar al segundo efecto, es necesario otorgar incentivos a todos los agentes económicos que desarrollan actividades productivas capaces de producir daños.

Un supuesto no considerado hasta ahora es el del caso del individuo adverso al riesgo. Siguiendo a Polinsky (1983) para este tipo de individuo, la sanción deberá ser generalmente menor que aquella correspondiente al escenario de neutralidad al riesgo, pues, en el caso del adverso al riesgo, la reducción de la sanción disminuye el riesgo al que se enfrenta este individuo, así como el «costo» de soportar tal riesgo, llegando al resultado óptimo.

Cuando es posible que la agencia de *enforcement* cometa errores, los individuos que no trasgreden la ley están sujetos al riesgo de pagar la sanción, de modo que puede resultar conveniente reducir esta última, a fin de disminuir este nuevo «costo», denominado costo de

15 Se hace referencia a «infractor» de manera genérica, sin que deba confundirse a este con el verdaderamente culpable en una situación específica. Así, por ejemplo, podría tratarse de un evasor habitual de impuestos, que es procesado por una evasión en la cual él no participó. Si bien en términos generales es un evasor, respecto de esta situación particular por la que se le condena, es inocente, pues el verdadero infractor, en los hechos, es un tercero y es «absuelto».

16 Como lo refieren Garoupa y Rizzolli (2012), los errores de identidad son situaciones en las que una persona incorrecta es condenada por un ilícito determinado, y por el mismo ilícito, una persona culpable es injustamente absuelta. En este caso, las condenas y las absoluciones injustas de un ilícito determinado se vinculan, pues la condena de una persona inocente implica la absolución de la persona realmente responsable.

17 Png desarrolló un modelo de subvención óptima y sanción, aplicándolo a un supuesto de responsabilidad extracontractual por accidentes automovilísticos. No obstante, este modelo puede ser replicado también para los casos de agentes económicos que desarrollan actividades económicas que producen daño.

soportar el riesgo derivado de los errores, evitando la disuasión excesiva.

De acuerdo con Polinsky y Shavell (2005), debido a que el número de individuos que no violan la ley a menudo excede al número de los que sí lo hacen, el deseo de evitar la imposición de riesgo en el primer grupo puede llevar a una reducción sustancial de la sanción óptima. No obstante, una reducción sustancial de una sanción óptima requiere ser compensada con un aumento de la probabilidad de detección y sanción, lo cual incrementará el costo del *enforcement*. El resultado óptimo de la combinación de probabilidad y sanción será la que reduzca al mínimo la suma de todos los costos antes referidos.

Dada la posibilidad de error, el costo de soportar el riesgo derivado de los errores será asumido por ambos —individuos inocentes y culpables—. Polinsky (1983) sugiere que, en consecuencia, la agencia deberá implementar un sistema de *enforcement* que considere una mayor probabilidad de detección y sanción y una menor probabilidad a fin de reducir estos costos.

4. EVALUANDO EL FACTOR DE ASIGNACIÓN DEL TALENTO: UNA ESTIMACIÓN EMPÍRICA

4.1 Descripción de una agencia reguladora

El Perú tiene agencias especializadas en la supervisión de diversos mercados, entre los que destacan el mercado de servicios públicos domiciliarios (telecomunicaciones, electricidad, saneamiento, gas) y de las concesiones de obras públicas de infraestructura de transporte (puertos, aeropuertos, carreteras, vías ferroviarias), ambos adscritos al régimen de la Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión

Privada en Servicios Públicos¹⁸. En el contexto de una serie de reformas acaecidas en los años noventa, se dota a los organismos reguladores (Osiptel¹⁹, Osinermin²⁰, SUNASS²¹ y Ositran²²) de normas básicas comunes para su organización y operación, así como numerosas funciones para el ejercicio de las tareas encomendadas, a lo que se suma la aprobación de normas posteriores que potencian las facultades de supervisión y sanción del Osiptel y Osinermin. Dichas funciones pueden ser resumidas de la siguiente manera²³: Función supervisora, función reguladora, función normativa, función fiscalizadora y sancionadora, función de solución de controversias y función de solución de los reclamos de los usuarios de los servicios que regulan.

Para el cumplimiento de las funciones a su cargo, los organismos reguladores cuentan con diversas gerencias, ubgerencias, tribunales y otros órganos. La máxima autoridad en cada organismo regulador es el consejo directivo, compuesto por cinco miembros, y uno de ellos detenta el cargo de presidente. Dentro de la estructura organizacional de cada organismo regulador, el *enforcement* de las normas, cuya supervisión, fiscalización y sanción le han sido encomendadas, recae principalmente en las gerencias de supervisión y fiscalización (GFS)²⁴

18 Ley 27332, publicada el 29 de julio de 2000 en el diario oficial *El Peruano*.

19 Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones.

20 Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería.

21 Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento.

22 Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público.

23 Véase el artículo 3° de la Ley 27332.

24 En Osiptel la gerencia de control y fiscalización; en Osinermin las gerencias de Fiscalización de Electricidad, de Fiscalización de Gas Natural, de Fiscalización de Hidrocarburos Líquidos y de Fiscalización Minera; en SUNASS la Gerencia de Supervisión y Fiscalización; y en Ositran la Gerencia de Supervisión y Fiscalización.

y en menor medida en los tribunales para supuestos específicos.

Si bien las GFS tienen a su cargo el inicio de la investigación, no son las únicas áreas del organismo regulador que participan de la decisión de sancionar o no a un agente económico por el incumplimiento de algún aspecto regulatorio. En el proceso de *enforcement* de las normas regulatorias, que ocupa el presente estudio, participan no solo las GFS, como órgano de línea, sino también los órganos resolutivos de primera y segunda instancia administrativa del organismo regulador.

Así, el proceso de *enforcement* de las normas regulatorias se puede dividir en dos grandes etapas. La primera se sigue en la vía administrativa, ante el organismo regulador; y la segunda, en el Poder Judicial, donde se revisa la legalidad de la decisión emitida en la etapa previa. La etapa administrativa se subdivide a su vez en supervisión, fiscalización y sanción. La etapa judicial cuenta con dos instancias y una tercera etapa de carácter extraordinario denominada «casación». El detalle de cada etapa se desarrolla a continuación.

4.1.1 Etapas administrativas²⁵

4.1.1.1 Supervisión

Esta es la etapa preliminar de la investigación e involucra las acciones de supervisión por la GFS, que evalúa el cumplimiento regulatorio por parte de los agentes económicos, y concluye, por lo general, con la emisión del informe técnico con los resultados de la supervisión. Si

se detecta el incumplimiento de algún aspecto regulatorio, la recomendación es iniciar el procedimiento administrativo sancionador a la empresa supervisada. De otra manera, la recomendación es no iniciar un procedimiento administrativo. Para propósitos prácticos, se denominará a esta etapa «Supervisión». Su correlato actual, en el Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, es la actividad administrativa de fiscalización.

4.1.1.2 Fiscalización

Inicia cuando el supuesto infractor es notificado con el pliego de imputaciones y se le informan los argumentos administrativos en virtud de los cuales se comienza un procedimiento administrativo sancionador, y los plazos para que este pueda presentar sus descargos. Posterior a la admisión de los descargos, se elabora un informe, que incluye un análisis de la responsabilidad del potencial infractor, en el cual se recomienda «sancionar» si se halla responsabilidad o archivar el procedimiento si no puede ser probada la responsabilidad. Esta etapa también se denomina instrucción. Por razones prácticas, este estudio no desarrollará otro tipo de procedimientos ni medidas administrativas que puedan ser dictadas por el organismo regulador.

4.1.1.3 Sanción

Esta es una instancia designada a resolver, en ella el organismo regulador, después de evaluar el informe técnico elaborado en la etapa anterior, decide si corresponde confirmar o no la recomendación. El resultado podría ser sancionar o archivar la acusación efectuada en contra del potencial infractor. Esta etapa se denomina resolutive.

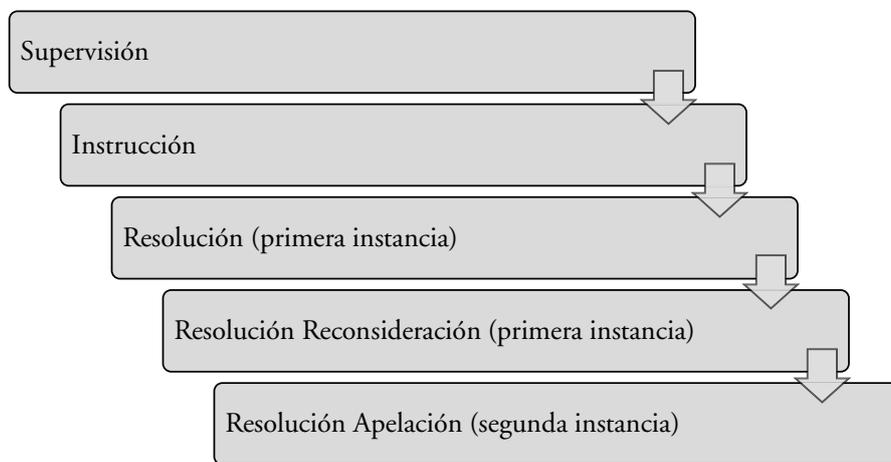
25 Se emplea en este apartado la clasificación utilizada por la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, que diferencia entre función supervisora de función fiscalizadora y sancionadora.

El infractor sancionado tiene la posibilidad de presentar dos recursos impugnatorios para cuestionar el resultado de la primera instancia administrativa: la reconsideración y la apelación. En el primero el infractor solicita al área sancionadora reevaluar su decisión, y en el segundo apela ante un órgano superior del organismo regulador, que actúa como la más alta instancia administrativa. El recurso adminis-

trativo de apelación puede ser presentado sin un proceso previo de reconsideración administrativa.

En cada una de las mencionadas etapas, los informes o las decisiones emitidas pueden ser revisadas en orden de confirmar la decisión de sancionar o archivar si hubo una acusación falsa. Toda la etapa administrativa recientemente descrita está representada en la Figura 6.

Figura 6. Etapas administrativas del proceso de *enforcement*



Las medidas adoptadas por el organismo regulador en contra del incumplimiento regulatorio son de varios tipos²⁶. Este estudio se centrará solo en las sanciones que involucren multas, las cuales pueden ser impuestas por el organismo regulador. Las multas son diversas y están expresadas en unidades impositivas tributarias (en lo sucesivo, UIT).

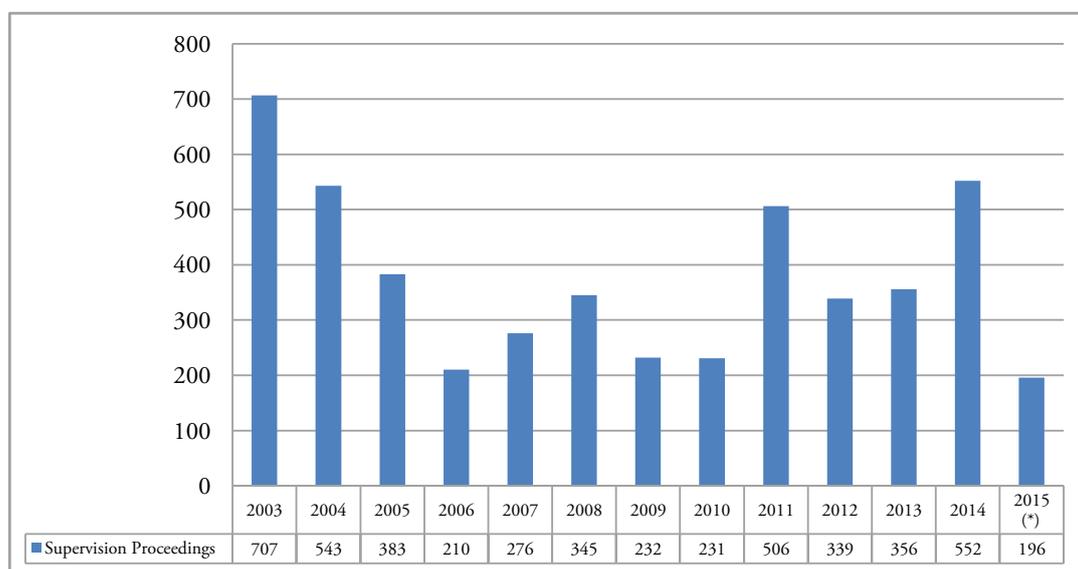
Una vez que la multa ha sido impuesta y confirmada por la segunda instancia administrativa del organismo regulador, y si el infractor desea

impugnar la decisión, este último tiene el derecho a impugnar la validez de la multa impuesta mediante la vía judicial del contencioso administrativo. La etapa judicial tiene dos instancias, y una tercera, extraordinaria, que es la más alta instancia de revisión judicial o casación.

4.1.2 Etapa judicial

Cuando el Poder Judicial confirma la multa, se inicia el proceso de cobro. Cabe destacar que la etapa ante el Poder Judicial es facultativa, ya que el infractor podría optar por pagar la multa una vez finalizada la etapa administrativa y no iniciar la fase judicial o recurrir ante el Poder Judicial a pesar de haber pagado la multa.

26 El organismo regulador puede optar por imponer otras medidas correctivas, distintas de las multas, como por ejemplo, medidas cautelares, medidas preventivas, entre otras, las que difieren de las multas, ya que no tienen carácter represivo.

Figura 7. Procedimientos de supervisión en Osiptel

Fuente: OR

(*) A junio de 2015

4.2. Metodología de evaluación del desenvolvimiento del *enforcement*: el Osiptel

En esta sección, se tomará como caso de estudio el desempeño específico del Organismo Regulador de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel, en lo sucesivo, OR) de acuerdo con el modelo de *enforcement* desarrollado en la parte precedente. El análisis se enfocará en los llamados «errores de condena», sus consecuencias, las variables involucradas y sus efectos en cuanto al nivel de disuasión. Como se mencionó anteriormente, la decisión de «sancionar» o «no iniciar (archivar)» es el resultado de sucesivas etapas que comparten el *enforcement* en el OR.

Ahora bien, en orden de obtener resultados estadísticamente significativos se ha escogido un periodo histórico 2003-2015²⁷ en el que se

iniciaron 3772 procedimientos de supervisión (Figura 7).

Luego de revisar la evaluación del cumplimiento regulatorio efectuada por el OR, contenida en los procedimientos de supervisión iniciados durante el periodo del 2002 al 2015, se advierte que se han iniciado 676 procedimientos administrativos sancionadores a diferentes empresas supervisadas (Figura 8). Durante el periodo 2002-2012 solo se iniciaron 478 procedimientos administrativos sancionadores. Luego de distinguir los anteriores procedimientos en subgrupos, se debe resaltar que no todos los procedimientos de supervisión dan lugar a las posteriores etapas.

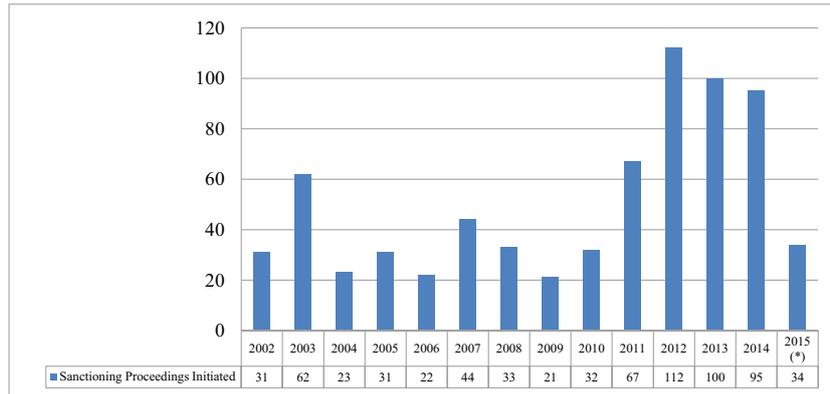
Ya sea porque el OR determina que la empresa supervisada cumple con el marco regulatorio, ya sea porque no hay suficiente evidencia para condenar, ya sea porque la conducta no está debidamente tipificada como infracción, entre otras causas, es posible que la supervisión no

27 La información analizada en este estudio ha sido obtenida de la página web institucional del OR y de las solicitudes de acceso a la información pública presentadas ante el mismo.

dé lugar al inicio de un procedimiento administrativo sancionador. La Figura 9 muestra la relación entre los procedimientos administrativos sancionadores y los procedimientos de supervisión.

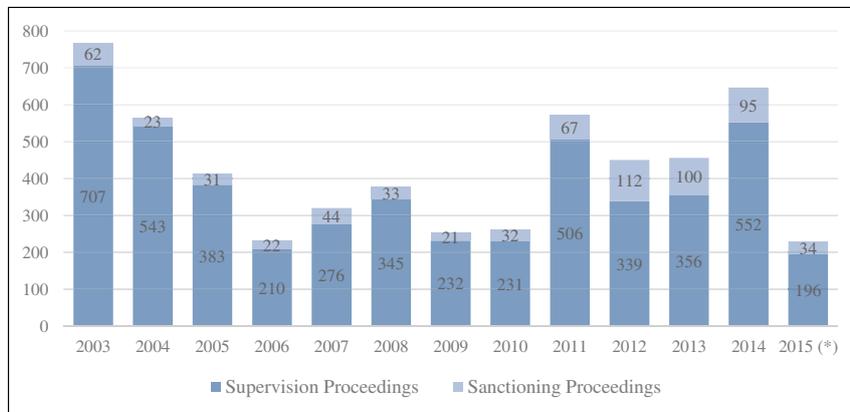
En cuanto al recurso humano, desde el 2002 hasta el 2015, en la Figura 10, se aprecia que el OR casi ha triplicado su *staff*, pasando de 195 miembros en el año 2002 a 564 miembros en el 2015.

Figura 8. Procedimientos administrativos sancionadores iniciados por Osiptel



Fuente: OR (*)
A junio de 2015

Figura 9. Procedimientos de supervisión y procedimientos sancionadores de Osiptel



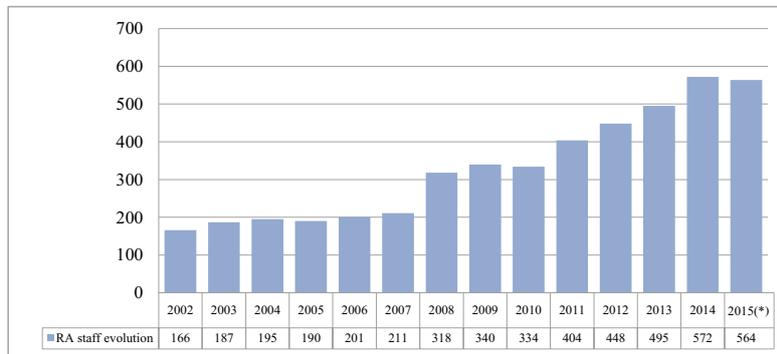
Fuente: OR (*)
A junio de 2015

Asimismo, se observa que las profesiones al interior del OR son diversas, dependiendo de las gerencias, no obstante destaca la mayor proporción de las carreras de Derecho, Ingeniería y Economía.

Dado que el presente estudio se centra en la evaluación de las divisiones o gerencias, así

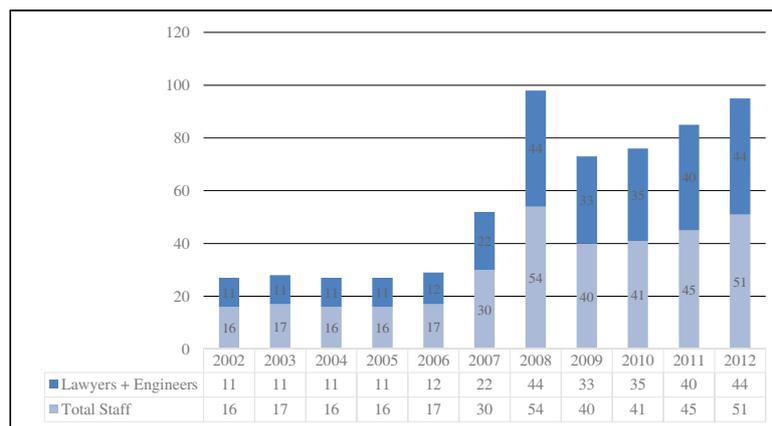
como del personal que participa directamente del proceso productivo de evaluación del cumplimiento regulatorio al interior del OR, no se incluye dentro de la base a profesiones no vinculadas directamente con el proceso productivo de evaluación del cumplimiento de la regulación sectorial, como secretarías, bibliotecólogos y sociólogos.

Figura 10. Evolución del personal de Osiptel



Fuente: OR (*)
A junio de 2015

Figura 11. Total del personal de ingenieros y abogados de Osiptel



Fuente: OR (*)

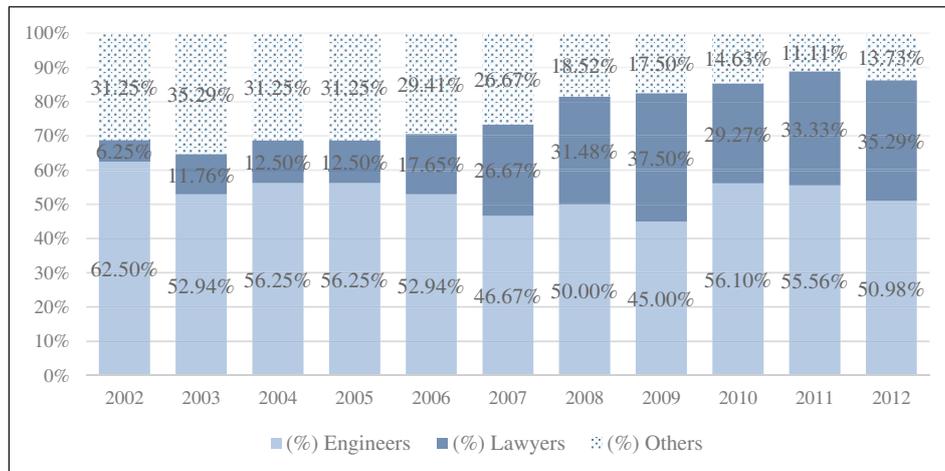
Asimismo, aun cuando es posible identificar un porcentaje mínimo de economistas y Contadores que sí participan del referido proceso de *enforcement*, el presente estudio estará orientado únicamente a la evaluación de los abogados e ingenieros, que conforman el grueso de profesionales en las etapas de supervisión, instrucción, primera y segunda instancia administrativa (Figura 11).

Centrándose específicamente en los profesionales de Derecho e Ingeniería que participan del

proceso de *enforcement*²⁸, se observa que durante el periodo en evaluación 2002-2012, los abogados pasaron de un reducido 6,25 % del total en el año 2002, a conformar el 35,9 % de la fuerza laboral en el año 2012, siendo su pico más alto en el año 2009, donde representaron el 37,5 % del total de profesionales, lo que implica un crecimiento superior a la quintuplicación de su porcentaje inicial.

²⁸ El análisis no considera a los practicantes de las carreras de Derecho e Ingeniería.

Figura 12. Proporción de abogados e ingenieros en Osiptel



Fuente: OR (*)

Por otro lado, en el caso de los ingenieros, pasaron de representar un importante 65,5 % de la fuerza laboral en el año 2002 a disminuir a un 50,98 % en el año 2012, siendo su punto más bajo el año 2009, donde representaron el 45 % del total, lo que muestra que en el caso de estos profesionales no ha existido una variación significativa de su proporción (Figura 12).

En el análisis que se va realizar a continuación los supuestos son los siguientes:

- i. Para los propósitos de este estudio, Supervisión, Instrucción, primera y segunda instancia administrativa se considerarán como las etapas del procedimiento administrativo sancionador.
- ii. Cada etapa del procedimiento sancionador puede concluir mediante una «confirmación» de la recomendación/decisión de condena de la etapa previa o su «archivo», en aquellos casos en que se advierta una «condena errónea».
- iii. Se entenderá como «condena errónea» la recomendación/decisión de castigar a una empresa supervisada, a pesar de que no debería

corresponder la aplicación de dicho castigo.

La medición se efectuará a través de los pronunciamientos de la etapa superior en la que se decida «archivar» la decisión de la previa. Para efectos metodológicos, se asumirá que la etapa superior no comete errores al momento de «archivar» la recomendación/decisión previa.

- iv. Serán evaluados sólo los procedimientos sancionadores en su etapa administrativa, sea porque alcanzaron la última instancia o porque en algún estado del mismo la empresa supervisada desistió de continuar impugnando a pesar de tener habilitado su derecho de hacerlo.
- v. El presente apartado se centra en la decisión de «condenar» o «archivar», es decir, la determinación de si una empresa es o no responsable respecto de la infracción que se le atribuye.
- vi. En este trabajo, se asume que la decisión de «condenar», que no es impugnada por la empresa supervisada o que siéndolo es confirmada por la segunda instancia, en su calidad de última instancia administrativa del OR,

indica que la empresa era efectivamente responsable del ilícito que se le atribuyó.

- vii. Se asume también que la decisión de «archivar», en cualquiera de las etapas administrativas, implica la absolución de una empresa supervisada a la que no resulta posible atribuirle responsabilidad por la infracción administrativa y presupone, por ende, un «error» en el que se ha incurrido en etapas anteriores cuya decisión fue «condenar», no obstante que no correspondía la atribución de responsabilidad.
- viii. Para la determinación de los «errores de condena», no se toma en consideración el monto de la multa o su disminución (incluso su «perdón» a través de la condonación) como consecuencia del ejercicio del derecho a impugnación. Se asumirá que los casos antes indicados no están referidos a un «error de condena», sino que corresponden a una confirmación de la decisión de «condenar» de la etapa previa, aunque en una cuantía menor.
- ix. No se toma en consideración el cambio de una medida administrativa a otra (por ejemplo de una decisión de «condenar» mediante la imposición de una multa a una medida correctiva o a una amonestación). Tales cambios se efectúan por razones legales y de oportunidad, previa confirmación de la responsabilidad de la empresa, de modo que, en estricto, se trata de una confirmación de la decisión de «condenar» de la etapa previa.
- x. No se considera la etapa correspondiente al Poder Judicial, debido a que a la fecha del presente estudio la mayoría de impugnaciones a las decisiones del OR, interpuestas por las empresas en la vía judicial están pendientes de ser resueltas. Las multas son

impuestas en moneda peruana (soles) y expresadas en UIT.

La Tabla 1 muestra los criterios establecidos para la tabulación de los 478 procedimientos administrativos sancionadores.

Tabla 1. Decisiones recomendadas y adoptadas por Osiptel

Decisión recomendada	Decisiones adoptadas	Resultados
Multa	Condonación	Sin error
Multa	Amonestación	Sin error
Multa	Medida correctiva	Sin error
Multa	Medida preventiva	Sin error
Multa	Archivo por subsanación	Sin error
Multa	Archivo por concurso infracciones	Sin error
Multa	Archivo por razonabilidad	Sin error
Multa	Archivo sobre el fondo	Error de condena
Multa	Archivo por falta de predictibilidad*	Error de condena
Multa	Archivo por falta de imparcialidad**	Error de condena
Multa	Archivo por prescripción***	Error de absolución

(*)(**) Situación donde ante hechos similares el mismo administrado o unercero no fueron condenados en el pasado, de modo que no correspondía su condena en la etapa previa.

(***) La aplicación de la prescripción genera el archivo sin pronunciamiento sobre el fondo, lo que podría significar la absolución de un culpable.

4.3. Resultado de la evaluación de los errores de condena en OSIPTEL

Una primera observación que salta a la vista es que la cantidad de infracciones administrativas objeto de análisis se ha incrementado año a año. Desde el año 2009, este aumento es sostenido. Una explicación, comúnmente empleada

por las agencias públicas, es que el incremento de las empresas que participan del sector requiere de un mayor esfuerzo de *enforcement*.

Bajo esta perspectiva, el mayor número de concesiones otorgadas por el Estado peruano para la provisión de servicios públicos incrementa el número de escenarios en los que el OR debe verificar el cumplimiento de la regulación que les resulta aplicable. Desde este punto de vista, su capacidad de *enforcement* estará en función del número de escenarios en los que deberá intervenir, considerando la disponibilidad presupuestal de la agencia.

Como se ha indicado antes, esta asunción no se condice con el objetivo de minimización de la pérdida social de las infracciones, ni considera que el aumento de los procedimientos sancionadores incrementa no solo los costos de *enforcement*, sino a su vez la probabilidad de que se presenten «errores», en sus dos variantes «de condena» y «de absolución», lo cual tiene un impacto directo sobre el nivel de disuasión.

Una manera de evaluar los efectos del incremento de los procedimientos sancionadores es a través del aumento de los errores. Una aproximación a la cantidad de errores cometidos por el OR se da por el número de «archivos». Como se ha señalado antes, la decisión de «archivar» o «condenar» se materializa en las sucesivas etapas del procedimiento administrativo del OR.

Los archivos pueden referirse a aspectos de sustancia o forma. Las primeras son claramente «errores de condena». En el caso de los archivos por aspectos de forma, dado que no se ha realizado una evaluación relativa a la responsabilidad de la empresa supervisada en relación con el presunto comportamiento infractor, un

porcentaje significativo de archivos podría implicar un «error de absolución», es decir, que la empresa supervisada realmente fue responsable por cometer la infracción que se le pretendió atribuir.

Como ya se ha señalado, mientras que los dos tipos de errores ya mencionados afectan adversamente la disuasión, este estudio se centrará en los «errores de condena» y, para llevar a cabo el análisis, asumirá que el OR evaluado no comete «errores de absolución», sino únicamente «errores de condena» cuando los procedimientos administrativos sancionadores son archivados por aspectos de forma.

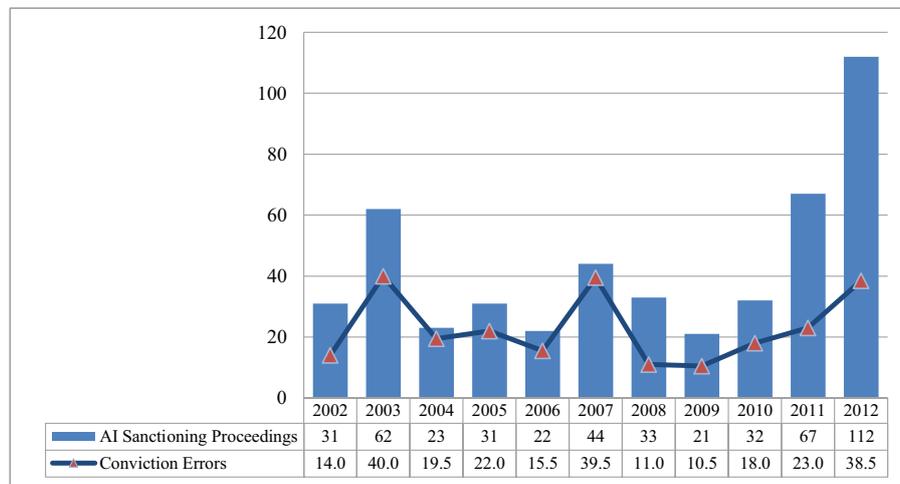
La última categoría debe ser estimada para cada etapa del procedimiento administrativo en la que se emite una recomendación / decisión de sancionar. El resultado de la suma de errores cometidos en cada etapa es el nivel de «errores de condena» incurrido por la agencia.

En consecuencia: Errores de condena del OR = \sum errores de condena (Supervisión + Instrucción + Primera Instancia + Segunda Instancia)

La Figura 13 muestra de manera resumida el análisis de los pronunciamientos de los OR correspondientes a procedimientos sancionadores durante el 2002-2012 (año a año) e incluye un estudio de 478 procedimientos administrativos sancionadores.

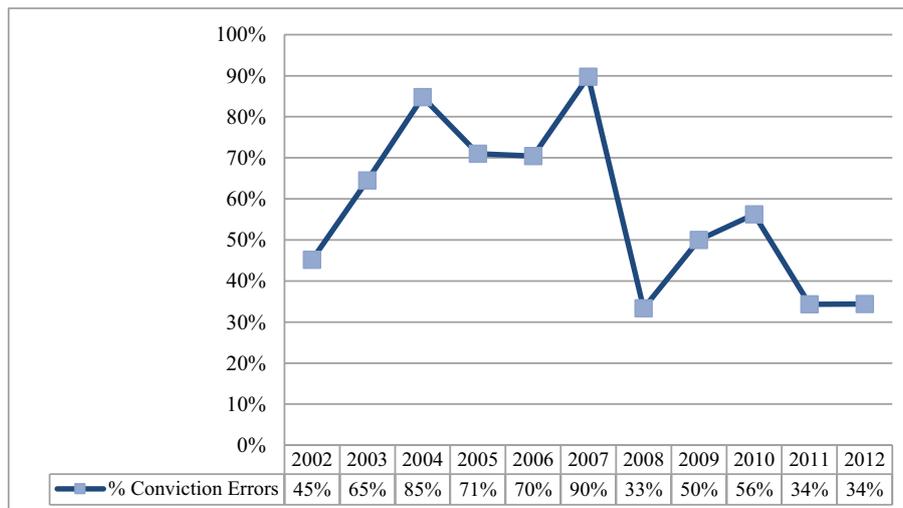
Los resultados de la Figura 13 corroboran las afirmaciones expresadas anteriormente, es decir, el aumento de los procedimientos administrativos sancionadores ha erosionado la calidad de los pronunciamientos del OR y ha aumentado los errores de condena. Los resultados del análisis realizado a los pronunciamientos del OR también permiten identificar el punto de quiebre desde el cual la cantidad de los pronunciamientos del OR empieza a erosionarse, es decir, en el 2009.

Figura 13. Procedimientos administrativos sancionadores y errores de condena de Osiptel



Fuente: OR

Figura 14. Porcentaje de errores de condena en los procedimientos administrativos sancionadores iniciados y decididos por Osiptel



Fuente: OR

Un punto de partida es la conclusión más simple: «más no es necesariamente mejor», lo que debería servir como una oportunidad de mejora para el OR, que deberá costear todas sus actividades con el fin de agregar unidades adicionales de *enforcement* únicamente hasta el punto en que el beneficio marginal sea igual al costo marginal. Lo anterior deberá ir asociado al mayor empleo de procedimientos espe-

cíficos de supervisión, que se encuentren predefinidos, sean de aplicación periódica y que involucren el manejo de información censal o muestral (no del total poblacional o de casos aislados sin ninguna relevancia estadística), a fin de conseguir que el beneficio obtenido de supervisar un determinado aspecto resulte superior a su costo, medidos ambos en términos marginales.

Esto, a su vez, permite iniciar una menor cantidad de procedimientos administrativos sancionadores y, además, una reducción en la probabilidad de «errores de condena».

Podría argumentarse que el aumento de los «errores de condena» es una condición natural derivada del incremento en los procedimientos sancionadores iniciados. Para analizar esta explicación, véase la Figura 14, que es similar a la Figura 13, pero expresada en porcentajes.

Expresar los datos en términos porcentuales (la Figura 14) permite tener una visión más exacta del efecto de los «errores de condena», ajustándolo a la cantidad de procedimientos administrativo sancionadores culminados y evitando caer en el simple argumento que el incremento de los errores de condena es una consecuencia derivada del aumento en el número de tales procedimientos. Nótese como la forma de dicha tendencia diverge en ambas Figuras (13 y 14). Así, contrariamente a la tendencia sostenidamente ascendente en el número de errores de condena correspondiente al periodo 2008-2012 (Figura 13); en la Figura 14 se aprecia la real magnitud de esta tendencia cuando sus valores son expresados en términos porcentuales, mostrando cómo su tramo creciente se presenta únicamente para el periodo 2008-2010 —y no en el periodo 2009-2012, como muestra la Figura 13—, posteriormente se convierte en decreciente.

4.4. Metodología de evaluación de la asignación del talento en OSIPTEL

Lo que sigue a continuación es introducir en el análisis que se viene efectuando el factor de la asignación del talento. Se busca absolver la siguiente pregunta: ¿Es posible afirmar que bajo ciertas circunstancias el *enforcement* del OR

se encuentre influenciado por su asignación del talento? Para tal efecto, se considera como variable independiente al «error de condena», que comprende la suma de los errores que se producen en cada etapa [Errores de condena del OR = \sum errores de condena (Supervisión + Instrucción + Primera Instancia + Segunda Instancia)] expresado en términos porcentuales, y las variables independientes la constituyen los abogados e ingenieros, que representan la cantidad de estos profesionales expresados en términos porcentuales respecto del conjunto de divisiones o gerencias que tienen a su cargo el desempeño del proceso productivo en el OR.

Los supuestos usados en el presente análisis son los siguientes:

- i. Se parte de la asunción que todas las profesiones objeto de análisis son inherentemente productivas, es decir, todas contribuyen a la producción; no existiendo, por tanto, profesiones puramente productivas o puramente capturadoras de rentas (*rent-seeking*), eliminándose la idea que el desempeño de los ingenieros es superior al de los abogados en todos los casos.
- ii. Se asume las reglas de juego imperantes en la sociedad como dadas. No se analiza por ende, la medida en que éstas determinan los pagos relativos en la sociedad, ni si las variaciones de tales reglas podrían generar una más eficiente reasignación del talento. No se analiza, por ende, si la legislación determina la mayor o menor rentabilidad de determinadas actividades profesionales o si la estructura de incentivos es la correcta para determinar la asignación.
- iii. No es objeto de análisis qué determina la decisión de realizar una determinada actividad profesional. Dado que se busca de-

terminar en qué medida la asignación del talento afecta el proceso de *enforcement*, se incide únicamente en la variación de la composición de las profesiones objeto de análisis, mas no en los factores que pudieron determinar su decisión de convertirse en tales, sea abogados o ingenieros.

- iv. No forma parte del análisis evaluar si el aumento del número de algún tipo de profesional incrementa la eficiencia del sistema regulatorio o viceversa, a fin de no incurrir en el denominado «problema en la determinación del origen de la causalidad». Se recalca que el análisis se centra en cómo la asignación del talento afecta el proceso de *enforcement*.

4.5. Abogados versus ingenieros: Resultados de la regresión de la asignación del talento en Osiptel

Se evaluaron las variables de «error de condena», como variable dependiente; y, las variables «asignación de talento» («abogados», «ingenieros»), «cantidad de casos» (procedimientos administrativos sancionadores), «sueldos» (promedio anual de sueldos de abogados, promedio anual de sueldos de ingenieros), como variables independientes, encontrándose que las variables de «sueldo» y «cantidad de casos» no son estadísticamente significativas, lo cual implica éstas no inciden en el desempeño.

Dado que el objetivo del presente apartado es analizar cómo impacta la asignación del talento al desempeño (incidencia del «error de condena») del OR, no resulta de interés explicar perfectamente el desempeño, ni la totalidad de las variables que lo condicionan. Por tanto, la evaluación se enfoca únicamente en el análisis de la interrelación entre las variables de interés,

centrándose en el empleo del «error de condena» como variable dependiente y «abogados» e «ingenieros» como variables independientes. La constante que se incluye en la regresión explica todo lo relativo a la variable dependiente «error de condena» que no cambia en el tiempo.

El modelo de la regresión se expresa como sigue:

$$\text{error de condena} = \beta_0 + \beta_1 \text{abogados} + \beta_2 \text{ingenieros} + e,$$

Donde β_0 es la constante, β_1 y β_2 son los coeficientes de la regresión y e es el error de la ecuación, que refleja la ausencia de dependencia perfecta entre las variables. A fin de descartar la no estacionariedad por la presencia de una «regresión espuria», derivada de la existencia de un shock exógeno que se perpetúa en el tiempo, se empleó el test Dickey-Fuller Aumentado, observándose que las variables tienen raíz unitaria, de modo tal que se descarta que la regresión sea «espuria». Las variables son trabajadas en niveles.

El valor de las variables empleadas es el «valor del inicio» y no la «variación» (variación anual de cada variable), que se emplea para corregir el problema de raíz unitaria, lo cual no es necesario en el presente caso. No se incluye un rezago del error debido a que tampoco es significativo. Empleando el test de Breusch-Pagan se observa que los residuos del modelo de regresión tienen heteroscedasticidad, por lo que estima la varianza del error del modelo en forma robusta, con la corrección de White.

De acuerdo al referido test, al 75 % no puede rechazarse la hipótesis nula de que la varianza de los residuos del modelo es heteroscedástica (es decir, que la varianza no es constante). Los resultados de la regresión se muestran a continuación en la Tabla 2.

Tabla 2. Resultados de la regresión

. reg errors lawyers engineers, robust						
Linear regression		Number of obs	=			11
		F (2, 8)	=			5.41
		Prob > F	=			0.0326
		R-squared	=			0.5234
		Root MSE	=			0.15532
errors	Coef.	Robust Std. Err.	t	p> t	(95% Conf. Interval)	
lawyers	-1.786032	0.5429637	-3.29	0.011	-3.038109	-0.5339553
engineers	-3.056753	1.360914	-2.25	0.055	-6.195027	0.0815202
_cons	2.618761	0.8249336	3.17	0.013	0.7164608	4.521062

Utilizando el test de Fisher, respecto a la significancia conjunta del modelo, se rechaza la hipótesis que los coeficientes son todos iguales a cero (ver Prob > F = 0.0326). No se incluyó una tendencia porque tampoco resultó significativa. El coeficiente de determinación R² representa el grado de ganancia que podemos obtener al predecir una variable basándose en el conocimiento que tenemos de otra u otras variables. En el caso en estudio, este coeficiente explica qué porcentaje de la variable dependiente «error de condena» es explicado por el modelo (ver R-squared = 0.5234). Debido a que en este caso no forma parte del objeto de estudio explicar por completo la variable «error de condena», el empleo de este estadístico no es tan relevante para el interés del estudio. El intervalo de confianza (ver 95 % Conf. Interval) muestra que los coeficientes del modelo son significativos en los siguientes valores:

- «abogados» al 5 % (-3.038109)
- «ingenieros» al 10 % (-6.195027)
- «constante» al 5 % (.7164608)

Del resultado de la regresión (ver valores de coeficiente), se observa que los coeficientes obtenidos para «abogado» e «ingeniero» son

negativos, lo cual quiere decir que existe una relación inversamente proporcional entre estas variables y la variable «error de condena». Así, en el caso de los «abogados», un aumento de 1 % en el porcentaje de dichos profesionales, se verá reflejado en una disminución de 1.79 % en los «errores de condena». No obstante, en el caso de los «ingenieros», si incrementa en 1% el porcentaje de estos profesionales, se verá reflejado en una disminución mayor en los «errores de condena», en este caso de 3.06 %, porcentaje sustantivamente mayor al de «abogados». De lo expresado se desprende que, si bien el porcentaje de «errores de condena» se minimiza al incrementar profesionales de Derecho o Ingeniería, el incremento de los profesionales del segundo tipo consigue una minimización superior de los errores antes referidos, contribuyendo en mayor medida al proceso de *enforcement*. Lo señalado se expresa en la siguiente ecuación:

$$\text{error de condena} = 2.62 - 1.79\text{abogados} - 3.06\text{ingenieros} + e$$

Sin embargo, como se muestra en la desviación estándar (ver Robust Std. Err), en el caso de los «ingenieros», el coeficiente presenta una mayor

dispersión, lo que significa que existirá mayor incertidumbre respecto a este efecto. Dicho de otra manera, existirá más certeza sobre lo que ocurrirá respecto de los «errores de condena» en caso se decida incrementar «abogados». Sin perjuicio de lo señalado, el resultado de la regresión permite validar la asunción inicial de que no existen profesiones puramente productivas o puramente capturadoras de rentas (*rent-seeking*), pues ambas —aunque en distinta medida— contribuyen a disminuir el porcentaje de los «errores de condena», desvirtuándose así la idea que la alta incidencia de un determinado tipo de profesiones se encuentra asociada con el bajo rendimiento o que en el caso específico, sólo los ingenieros contribuyen al desempeño de los procesos productivos, en tanto que los abogados no.

CONCLUSIONES

La literatura económica se ha enfocado en el estudio de la asignación del talento señalando que la adecuada calidad de las instituciones y buen gobierno en las naciones generan una óptima asignación del talento, debido a que posibilitan que algunas profesiones tengan mejor acceso a las rentas que otras; produciendo el incremento de la oferta de aquellas profesiones que contribuyen de un modo más significativo a la producción, a la par de la disminución de aquellas otras que lo hacen en menor medida. La óptima asignación del talento genera condiciones adecuadas para un óptimo rendimiento en la tramitación de los procedimientos y propicia el crecimiento económico.

En el caso de la generación de bienes públicos, como el *public enforcement of law*, la asignación del talento detenta también especial importancia, pues, mediante el aseguramien-

to del óptimo rendimiento de la actividad de *enforcement*, se genera una disuasión óptima que evita que los agentes económicos realicen costosas inversiones para evitar la apropiación de sus recursos privados por terceros, todo lo cual favorece la producción e incide en el crecimiento económico.

Una manera de medir el adecuado rendimiento de la referida actividad de *enforcement* es mediante el análisis de su tasa de errores. Los errores disminuyen el castigo esperado que debería recibir el trasgresor por incumplir la ley, generando el incremento del nivel de actividad ilícita y desalentando la realización de actividades productivas ajustadas a ley, todo lo cual disminuye el bienestar social.

Para evaluar si el rendimiento de una agencia pública encargada del *enforcement* podría estar o no influenciado por su asignación del talento, debe partirse de la consideración que no existen profesiones que sean *per se* mejores que otras. No obstante, una asignación podrá ser considerada como más eficiente en sentido económico, cuando permita disminuir la generación de errores en el proceso de *enforcement*, minimizando los costos sociales de aquél. De ocurrir ello, se generará disuasión óptima, propiciando un ambiente favorable para las inversiones en sectores productivos, lo que generará crecimiento económico.

En el caso específico del análisis empírico en el que se ha evaluado la asignación de abogados e ingenieros en el OR elegido, los resultados de la regresión parecerían apoyar la consideración que no existen profesiones que puedan ser consideradas como puramente productivas o puramente capturadoras de rentas (*rent-seeking*) o que alguna de estas sea inherentemente mejor que otra; toda vez que ambas contribuyen a la mejora del desempeño mediante

la disminución de errores, todo lo cual corrobora la necesidad de contar con un enfoque multidisciplinario en la supervisión de sectores productivos altamente especializados, donde converjan ambas profesiones.

No obstante, los resultados obtenidos sugieren adicionalmente que una asignación de talento específica sí tiene un efecto sobre el desarrollo del procedimiento de *enforcement*. En el caso específico, se observa que el incremento en el número de ingenieros presenta un resultado superior en términos de rendimiento, respecto de lo que ocurre cuando se incrementa el número de abogados en idéntica proporción. Cabe destacar que, de acuerdo con la data, se tendría mayor certeza de este efecto en relación a los abogados que respecto de los ingenieros.

Estos resultados deben ser analizados con precaución, y no deben extraerse efectos causales, sin embargo los referidos resultados parecerían sugerir que en el sector analizado los ingenieros se equivocan en una proporción significativamente menor que los abogados. Una explicación tentativa podría centrarse precisamente en las características de dicho sector, donde el componente técnico se encuentra presente en la mayor parte de la regulación que será objeto de supervisión, lo cual determinaría que profesionales con habilidades más cercanas al referido componente técnico sean propensos a cometer menos errores. Los resultados podrían, no obstante, ser diametralmente distintos en sectores donde el componente legal o económico destaque por sobre el meramente técnico.

Si bien queda claro que correlación no implica necesariamente causalidad, los resultados obtenidos y, sobre todo, la metodología propuesta constituyen un punto de partida que puede ser

empleado para diseñar políticas públicas específicas que modifiquen la rentabilidad relativa que favorece una asignación de talento en particular, para lo cual debe prestarse especial atención al entorno regulatorio y a la actividad productiva sobre la que recae la potestad pública, cuyo desenvolvimiento se pretende optimizar.

BIBLIOGRAFÍA

- ACEMOGLU, D. Reward structures and the allocation of talent. *European Economic Review*, 39, 17-33, 1995.
- ACEMOGLU, D., Johnson, S., y Robinson J. A. The colonial origins of comparative development: an empirical investigation. *The American Economic Review*, 91 (5), 1369-1401, 2001.
- ARON, J. Growth and institutions: A review of the evidence. *The World Bank Research Observer*, 15(1), 99-135, 2000.
- BAUMOL, W. J. (1990). Entrepreneurship: Productive, unproductive, and destructive. *Journal of Political Economy*, 98(5), 893-919.
- BECKER, G. Crime and Punishment: An Economic Approach. *Journal of Political Economy*, 76, 169-217, 1968.
- CLAGUE, C., Keefer, P., Knack, y Olson, M. Contract-intensive money: contract enforcement, property rights, and economic performance. *Journal of Economic Growth*, 4(2), 185-211, 1999.
- COFFEE, Jr., J. C. Law and the market: the impact of enforcement. *University of Pennsylvania law review*, 156(2), 229-311, 2007.
- CROSS F. B. The first thing we do, let's kill all the economists: an empirical evaluation of the effect of lawyers on the United States economy and political system. *Texas Law Review*, 70(3), 645-683, 1992a.
- CROSS F. B. Law versus economics?: [Commentary]. *Law & Social Inquiry*, 17(4), 653-658, (1992b).
- EBEKE, L., Omgba L. D. y Laajaj R. (2015). Oil governance and the (miss) allocation of talents in developing countries. *Journal of Development Economics*, 114, 126-141.
- Epp, C. R. (1992a, Jul 09). Counterpoint: Let's not kill all the lawyers. *Wall Street Journal* Recu-

- perado de <http://search.proquest.com/docview/398327630?accountid=28391>
- EPP, C. R. The optimum number of lawyers: A reply to epp: [Commentary]. *Law & Social Inquiry*, 17(4), 667-693, 1992b.
- EPP, C. R. Toward new research on lawyers and the economy: [Rejoinder]. *Law & Social Inquiry*, 17(4), 695-711, 1992c.
- ESTRADA, J. Optimal enforcement, finding the right Balance. *Archivos de Economía. Departamento Nacional de Planeación Dirección de Estudios Económicos*, 202, 1-14, 2002.
- FRIEDMAN, D. Delinquentes racionales y policía maximizadora de beneficios. El análisis económico de las leyes y de su cumplimiento. En: Tommasi M. & Iurelli K. (Eds.). *Economía y sociedad*. (pp. 57-71). Madrid, MA: Cambridge University Press, 2000.
- GAROUPA, N., y Rizzolli, M. Wrongful convictions do lower deterrence. *Journal of Institutional and Theoretical Economics JITE*, 168, 224-231, 2012.
- HARRIS, J. R. (1970). On the economics of law and order. *Journal of Political Economy*, 78, 165-174.
- IRMEN, A. y Kuehnel, J. (2014). Property rights, public enforcement, and growth. *The Scandinavian Journal of Economics*, 116(3), 797-819.
- HALL R.E. y Jones, C.I. (1999). Why do some countries produce so much more output per worker than others? *The Quarterly Journal of Economics*, 114(1), 83-116.
- KEEFER, P. Lawyers and economic growth-A red herring?: [Commentary]. *Law & Social Inquiry*, 17(4), 645-652, 1992.
- KNACK, S. y KEEFER, P. Institutions and economic performance: Cross-country tests using alternative institutional indicators. *Economics and Politics*, 7(3), 207-228, 1995.
- LABAND D. N. y SOPHOCLEUS J. P. (1988). The social cost of rent-seeking: first estimates. *Public Choice*, 58(3), 269-275.
- LAPORTA, R., LOPEZ-DE-SILANES, F., SHLEIFER, A. Y VISHNY, R. The quality of government. *Journal of Law, Economics and Organization*, 15(1), 222-279, 1999.
- LANDO, H. Does wrongful convictions lower deterrence? (2006). *Journal of Legal Studies*, 35, 327-337.
- MAGEE, S., Brock, W. y Young L. (1989), Chapter 8. *Black hole tariffs and endogenous policy theory*. Cambridge, MA: Cambridge University Press.
- MAGEE, S. Letters to the editor: How many lawyers ruin an economy? (1992a, Sep 24). *Wall Street Journal*. Recuperado de <http://search.proquest.com/docview/398350615?accountid=28391>
- MAGEE, S. (1992b). The optimum number of lawyers: a reply to epp [Commentary]. *Law & Social Inquiry*, 17(4), 667-693.
- MAGEE, S. (1992c, November). The optimum number of lawyers: and a radical proposal for legal change. Paper presented at a Conference for American Illness: Essays on the Rule of Law. Fairfax County. Recuperado de <http://buckleymix.com/wp-content/uploads/2010/10/Magee.pdf>
- MURPHY, K., Shleifer, A. y Vishny R. W. (1991). The allocation of talent: implications for growth. *The Quarterly Journal of Economics*, 106(2), 503-530.
- MURPHY, K., Shleifer, A. y Vishny R. W. (1993). Why is rent-seeking so costly to growth? *The American Economic Review*, 83(2), 409-414.
- NORTH, D. (1989). Institutions and economic growth: An historical introduction. *World Development*, 17(9), 1319-1332.
- NORTH, D. (1990). *Institutions, institutional change, and economic performance*. Cambridge, MA: Cambridge University Press.
- OLSON, M. (1982). *The rise and decline of nations: economic growth, stagflation, and social rigidities*. New Haven. MA: Yale University Press.
- OLSON, M. (1992). Do lawyers impair economic growth?: [Commentary]. *Law & Social Inquiry*, 17(4), 625-633.
- ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES (Osiptel). Página web institucional. (21). Revisada de <https://www.osiptel.gob.pe/portal-de-operadoras/supervisiones-y-sanciones/registro-de-sanciones/#>
- PNG, I.P.L. Optimal subsidies and damages in the presence of judicial error. *International Review of Law and Economics*, 6, 101-105, 1986.
- POLINSKY, M. (1983). *Introducción al análisis económico del derecho*. Barcelona, MA: Ariel Derecho.

- Polinsky, M. y S. Shavell (1979). The optimal tradeoff of between probability and magnitude of fines. *The American Economic Review*, 19, 880-891.
- Polinsky, M. y S. Shavell (2000). The economic theory of public enforcement of law. *Journal of Economic Literature*, 38, 45-76.
- Polinsky, M. y S. Shavell (2005). The theory of public enforcement of law. NBER Working Paper, 11780, 3-82.
- Polinsky, M. y S. Shavell (2007). The theory of public enforcement of law. En Polinsky, M. y S. Shavell (Eds.). *Handbook of law and economics*, (pp. 403-454). United Kingdom, MA: North-Holland.
- Priest, G. L. (1993). Lawyers, liability and law reform: effects on american economic growth and the trade of competitiveness. *Denver U.L. Rev.*, 71, 115-149.
- Sander, R. H. (1992). Elevating the debate on lawyers and economic growth: [Commentary]. *Law & Social Inquiry*, 17(4), 659-666.
- Shavell, S. (2004) *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge MA: Harvard University Press.
- Stigler, G. (1970). The optimum enforcement of laws. *The Journal of Political Economy*, 7, 526-536.

ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LA ELIMINACIÓN DEL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE SERVICIOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Nadia Doménica Palomino Fernández¹

RESUMEN

Esta investigación analiza la problemática presentada en el ordenamiento jurídico nacional con el surgimiento del Régimen de Contratación Administrativa de Servicios (CAS) en la Administración Pública, haciendo un recuento de sus antecedentes evolutivos normativos y jurisprudenciales, en el contexto de su eliminación a través de la Ley 31131, ley que establece disposiciones para erradicar la discriminación en los regímenes laborales del sector público, aprobada por insistencia del Congreso de la República, el pasado 9 de marzo de 2021, en aplicación del artículo 108 de la Constitución Política del Perú, que permite al Parlamento, a pesar de las observaciones hechas por parte del Ejecutivo, eliminar finalmente el Decreto Legislativo 1057, del sistema jurídico peruano, como solución definitiva frente a la desigualdad.

Palabras clave: Régimen CAS, eliminación del Régimen CAS, regímenes generales en la administración pública, aprobación por insistencia, tribunal constitucional.

ABSTRACT

This research analyzes the problems presented in the national legal system, with the emergence of the Administrative Contracting of Services Regime – (CAS) in the Public Administration, making a recount of its normative and jurisprudential evolutionary antecedents, in the context of its elimination through the Law 31131, law that establishes provisions to eradicate discrimination in public sector labor regimes, approved at the insistence of the Congress of the Republic, on March

¹ Profesora de Derecho Constitucional en la Universidad Privada Antenor Orrego, Universidad Continental, Universidad Católica de Trujillo. Candidata a doctora en Derecho. Miembro de la Comisión Especializada de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional del Ilustre Colegio de Abogados de La Libertad.

9, 2021, in application of Article 108 of the Political Constitution, which allows the parliament, despite the observations made by the Executive, to finally eliminate Legislative Decree 1057, from our legal system, as a solution to inequality.

Keywords: CAS regime, elimination of CAS Regime, general regimes in the Public Administration, approval for insistence, constitutional court.

1. INTRODUCCIÓN

En el contexto actual se viene discutiendo la constitucionalidad de la Ley N.º 31131, ley que establece disposiciones para erradicar la discriminación en los regímenes laborales del sector público, aprobada por insistencia por el Congreso de la República, dada su interferencia en las atribuciones otorgadas al Poder Ejecutivo para administrar los recursos humanos del sector público. Ahora bien, a fin de entender este tema, y realizar la tan ansiada modernización del Estado, es preciso detenernos para hacer un análisis reflexivo de las valiosas lecciones legadas por Platón, uno de los más grandes filósofos griegos.

El célebre filósofo en su obra *La República*, plantea la discusión sobre lo justo y lo injusto, entre los estudiados diálogos del maestro Sócrates y sus discípulos, es así que este debate demandó de la intervención de varios de los participantes, entre ellos, Trasímaco, quien propone que cada gobierno establece las leyes según su conveniencia: la democracia, leyes democráticas; la tiranía, tiránicas, y del mismo modo los demás.

Al establecer las leyes, muestran los que mandan que es justo para los gobernados lo **que a ellos conviene**, y al que se sale de esto lo castigan como violador de las leyes y de la justicia. En ese contexto, la justicia se transforma de una virtud, valorada más que el oro, a

lo conveniente para el gobierno constituido, por ostentar el poder, de modo que, para todo hombre que discurre bien, lo justo es lo mismo en todas partes: la **conveniencia del más fuerte**. Finalmente, tras el análisis y la participación, pupilos y mentor arriban a la siguiente reflexión, que puede resumirse en esta famosa frase: **“La peor forma de injusticia es la justicia simulada”**.

Inicio con esta idea, pues el régimen de Contratación Administrativa de Servicios (CAS), regulado por el Decreto Legislativo N.º 1057 y su Reglamento, ha supuesto para un sector importante de la población un régimen laboral, beneficioso y progresivo, dentro de la Administración Pública, considerando que los trabajadores de no poseer ningún derecho, mediante este régimen pasaban a obtener **“algunos” derechos**.

Esta percepción es tremendamente ajena a la realidad, la que se enfrenta con la obligatoriedad de la protección de derechos fundamentales consagrados en la Constitución, principalmente el derecho a la dignidad², menoscabado con este subsistema laboral, nocivo e injusto que aún no ha sellado definitivamente su paso en la legislación, quedando la incertidumbre

2 Constitución Política del Perú:

Defensa de la persona humana

Artículo 1.- La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

de las acciones que pueda tomar el Poder Ejecutivo para cuestionar la constitucionalidad de la Ley N.º 31131, que dispone su eliminación.

Es preciso entender que el derecho del trabajador a la estabilidad laboral y la imposibilidad de ser excluido de la carrera administrativa sin causa justa, prevista por ley y justificada en un proceso administrativo, se genera desde el punto de vista jurídico y económico, porque la “**estabilidad laboral**” tiene implicancias más profundas que regular una protección adecuada contra el despido arbitrario, entre otros derechos laborales que no están siendo reconocidos en los decretos legislativos que regulan el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios (CAS), a pesar de estar señalados bajo la tutela garantista de la Constitución y en Convenios y Tratados Internacionales que resguardan su adecuada protección.

La problemática de los trabajadores contratados como locadores de servicios, un contrato de naturaleza civil importado a la Administración Pública, para desconocer beneficios y derechos laborales, bajo las siglas de SNP (Servicios No Personales), inicialmente, y luego a través del CAS (Contratos Administrativos de Servicios), conocidos en el argot común de la Administración Pública como trabajadores “*Sin Ningún Privilegio*”, para luego transformarse en los desafortunados trabajadores “*CAStigados*” dentro de sus centros de trabajo, denotando la inequidad arbitraria entre los regímenes generales que regulan las planillas estatales.

Desde que se crea el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios a través del Decreto Legislativo N.º 1057, aprobado durante el gobierno del expresidente Alan García, el 2 de junio del 2008, hasta el 9 de marzo del 2021, fecha en la que el Congreso de la República dispone su eliminación, se han

desarrollado diversas investigaciones y producción jurídica abundante, que ha pretendido señalar las graves desigualdades entre un régimen y otro.

Ello, dado que, tras haber sido adecuados al Régimen CAS, muchos de los trabajadores han sido impunemente despedidos sin ser sujetos de derecho de ningún reclamo posterior, vulnerándose gravemente su derecho al trabajo, además se ha generado una inestabilidad laboral profunda en más del 50 % de los trabajadores de las diversas entidades, quienes tenían como vínculo laboral el endeble contrato administrativo de servicios (CAS).

El presente artículo tiene como base investigativa la desplegada en el desarrollo de la tesis de maestría de la autora, titulada: *Consecuencias jurídicas y económicas que se derivan de la aplicación del Régimen CAS al personal de la MPT*, y la aprobación de la Ley N.º 31131, aprobada por insistencia del Congreso de la República —como ya lo hemos señalado— el pasado 9 de marzo del 2021, en conjunto con la realidad jurídico social actual de los recursos humanos en la Administración Pública, frente a la incertidumbre de las acciones que desplegará el Ejecutivo al cuestionar la constitucionalidad de la Ley que deroga este régimen, poniendo en jaque una solución anhelada por cientos de miles de trabajadores del Estado.

Desde el 2008, año en que surge esta modalidad contractual híbrida, se han producido una serie de modificaciones normativas e interpretativas, a través de diversas sentencias del Tribunal Constitucional, para reducir las graves inequidades que eran el símbolo distintivo de este régimen laboral perteneciente a la Administración Pública, con miras a su progresiva eliminación, situación que se ha visto recientemente debatida en el hemiciclo del Congre-

so, dando como resultado la promulgación de la Ley N.º 31131 que dispone la derogatoria del régimen CAS y su pase automático y progresivo a los regímenes laborales 276 y 728, como solución a un problema imperante que lleva más de 12 años buscando una solución definitiva.

Nuestra Carta Magna garantiza derechos fundamentales, como son el derecho a la igualdad y el derecho al trabajo³, y reconoce dos regímenes laborales, el del servicio público y el de la actividad privada. En este trabajo se presentará un breve bosquejo de la segmentación laboral existente, que es dispersa y desordenada, y que engloba hasta cuarenta regímenes laborales distintos, coexistentes en el ordenamiento jurídico nacional, correspondiendo al sector público dieciséis de ellos, cada uno con derechos, obligaciones y beneficios diferentes, lo que grafica una seria trasgresión a derechos fundamentales inherentes, siendo la dignidad, el principio, el valor y derecho que sitúa al ser humano como fin supremo de la sociedad y del Estado frente a la incertidumbre de la desigualdad.

2. REGÍMENES GENERALES EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

2.1. Administración pública

Para hacer un análisis del impacto que ha producido la implementación y vigencia del régimen CAS en el sector público, es necesario precisar algunos conceptos que servirán de base dogmática para el desarrollo del presente

³ Constitución Política del Perú:

Protección y fomento del empleo

Artículo 22.- *El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.*

trabajo. Empezamos entonces con el objeto de la regulación del derecho administrativo, la administración pública. Así, según Guzmán Napurí (2020, p. 26), dicha definición debe partir de la función que esta desempeña y no necesariamente de la organización de la que forma parte.

En este orden de ideas, es imposible definir la Administración pública a partir de un criterio orgánico, en particular, porque como resultado de ello tiende a confundirse Administración Pública con Estado, cuando no constituyen lo mismo. De hecho, existen reparticiones del Estado que no constituyen Administración Pública. A su vez, existen entidades administrativas —o reguladas por el derecho público— que no forman parte del Estado.

Asimismo, la norma peruana, en especial la Ley del Procedimiento Administrativo General, no define de manera expresa qué es lo que debe entenderse por Administración Pública, limitándose a enumerar lo que la norma considera que constituyen entidades de la Administración Pública (Guzmán Napurí, 2020, p. 29). Observamos que en la profusa e imprecisa definición de Administración pública se catalogan entidades que corresponden a su circunscripción, siendo el personal que labora en ellas y su relación con el Estado materia de este artículo.

2.2. La relación jurídica entre la Administración Pública y su personal

Ahora bien, sobre la naturaleza de la relación entre el personal de la Administración pública y el empleador, podemos afirmar que los funcionarios y servidores públicos del Estado ostentan una condición especial de prestaciones recíprocas con su empleador, pero además

tienen atribuidos derechos y deberes característicos de la función pública que los diferencia de los empleados del sector privado.

En este orden de ideas, existen dos grandes corrientes en la interpretación de la citada relación. Una meramente contractual laboral, que establece que el personal de la Administración Pública se encuentra sujeto a una relación de naturaleza laboral con ella, siendo que los derechos y obligaciones existentes son resultado del contrato laboral. Esta concepción se encuentra reforzada por el hecho de que cada vez son más organismos públicos cuyo personal se encuentra sometido al régimen laboral de la actividad privada y a la existencia de diversos derechos laborales.

Por otro lado, la corriente estatutaria administrativa establece que la relación en mención es más bien de derecho público, regida íntegramente por el derecho administrativo y que, del mismo, provienen los derechos y deberes establecidos legalmente. El régimen de la carrera administrativa, establecido por el Decreto Legislativo N.º 276 y sus normas complementarias y conexas, se encuentra en esta línea. Esta posición doctrinal se ve reforzada por el hecho de que, incluso en los organismos sometidos al régimen laboral de la actividad privada, los nombramientos se efectúan a través de resoluciones administrativas, de la misma manera que los ceses y despidos. (Miranda citado por Guzmán, 2020, pp. 317-318)

Para lograr determinar la relación que existe entre los trabajadores de la Administración Pública y su empleador (el Estado), es importante hacer un análisis constitucional de los diferentes regímenes generales que regulan el vínculo laboral entre ellos. Debemos señalar también que el Tribunal Constitucional ha jugado un rol determinante para establecer los linderos

tuitivos de derechos fundamentales en ellos, en aplicación del artículo 23º de la Constitución, que establece en la parte *in fine*, que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

Conforme a lo señalado en el párrafo anterior, se desarrollarán algunos aspectos principales de los Regímenes Generales, en materia laboral dentro de la Administración Pública, los que se presentan de acuerdo a la siguiente cronología de su publicación:

1984: Régimen de la Carrera Administrativa, aprobado a través del Decreto Legislativo N.º 276

1997: Régimen de la Actividad Privada, aprobado a través del Decreto Legislativo N.º 728

2008: Régimen de Contratación Administrativa de Servicios (CAS), aprobado a través del Decreto Legislativo N.º 1057

2013: Régimen del Servicio Civil, aprobado a través de la Ley N.º 30057

2.3. Régimen de la carrera administrativa

El Decreto Legislativo N.º 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y Remuneraciones, junto con su Reglamento, aprobado a través del Decreto Supremo 005-PCM-90, regulan de manera general el régimen laboral público de las entidades del Estado, constitucionalmente establecido con el término de carrera administrativa.

La Dra. Luyo Rodríguez (2019, p. 3) nos recuerda que en el artículo 40 de la Constitución Política del Perú se reconoce la carrera administrativa como bien constitucionalmen-

te protegido al que directamente no se ha dotado de un contenido material, sino que se ha encomendado la labor de su configuración al legislador, considerando el ámbito subjetivo sí expresamente señalado en el que se encuentran excluidos los funcionarios que desempeñan cargos políticos y de confianza.

El Decreto Legislativo N.º 276 define la carrera administrativa en su Título Preliminar, artículo 1, como “el conjunto de principios, normas y procesos que regulan el ingreso, los derechos y los deberes que corresponden a los servidores públicos, que, con carácter estable, presten servicios de naturaleza permanente en la Administración Pública”.

La carrera administrativa es permanente y se basa en los siguientes principios:

- Principio de igualdad de oportunidades, lo que implica que las posibilidades de desarrollo y las condiciones son diseñadas de forma general e impersonal para el libre acceso de todos los peruanos.
- Principio de estabilidad, establece que el cese procede únicamente por las causales expresadas en la Ley.
- Principio de garantía del nivel adquirido, que reconoce formalmente el nivel alcanzado por un servidor sin opción a su pérdida o retroceso en la carrera administrativa, a excepción de las contempladas en la Ley.
- Principio de retribución justa y equitativa, regulada por un sistema único homologado que reconoce la compensación adecuada bajo principios de equidad y justicia, según el nivel de carrera en que se encuentra el servidor.

Finalmente, sobre este régimen, cabe destacar que el trabajador público de carrera administrativa se presenta como un factor trascendental y primordial dentro del Derecho, y, conforme señala Gustavo Bacacorzo (1992), se presenta en dos condiciones: trabajador activo y trabajador pasivo.

Los trabajadores activos se encuentran comprendidos bajo el requisito y derecho de la permanencia, por lo que es usual conocer a los trabajadores del Régimen 276 como trabajadores permanentes de la Administración Pública. Los trabajadores pasivos, por su parte, son los que han cumplido el tiempo determinado por ley para su jubilación.

Se puede decir que el trabajador público cesante o jubilado carece de obligaciones con el Estado y que está liberado de su vínculo, aunque por razones de orden jurídico-administrativo, y hasta de conveniencia, ha de acatar determinados mandatos o, acaso mejor, ciertas condiciones de índole estadística o de real efectividad legal (Bacacorzo, 1992, p. 535).

2.4. Régimen de la actividad privada

En el sector público, como ya se ha señalado, existen diversas formas de contratación, entre ellas la contratación bajo el régimen laboral de la actividad privada regulado a través del Decreto Legislativo N.º 728 y sus normas complementarias. Las categorías que plantean este régimen general de contratación son dos: contrato a plazo indeterminado y contrato a plazo fijo, con las subclasificaciones que la comprenden.

El régimen laboral de la actividad privada se rige por la Ley de Fomento del Empleo (Decreto Legislativo 728, promulgado el 8 de noviembre de 1991 y publicado el 27 de marzo de 1997), la cual fue creada con la

finalidad de permitir a los empresarios hacer frente a la crisis económica por la que atravesaba el país. Para ello, se relativizó la estabilidad laboral absoluta, se otorgó la posibilidad de celebrar contratos de trabajo de naturaleza temporal, accidental y contratos para obra o servicios y se ampliaron las causales objetivas para la extinción del contrato de trabajo, incluyendo la posibilidad de ceses colectivos.

El mencionado decreto legislativo se dio en un contexto de reforma del Estado, centrado en la creación de entidades que funcionen como enclaves de excelencia ligadas a las reformas económicas. De esta manera, se permitió a las entidades públicas responsables del régimen monetario, del control de la inflación y del déficit fiscal, así como de la regulación general de los mercados (inversión, competencia y propiedad intelectual), aplicar el régimen laboral de la actividad privada, creándose, así, las denominadas islas de eficiencia. (Servir, 2016, p. 47)

El régimen laboral de la actividad privada se considera de naturaleza contractual y está regido por el derecho laboral. Existen instituciones públicas que contratan a sus servidores a través de esta norma, bajo el régimen laboral privado; sin embargo, a estas instituciones también les alcanza y comprenden las normas del Derecho Público, constituyéndose en un régimen mixto, que debe considerar las disposiciones tanto del régimen privado como del régimen público.

Dentro de los principios que recoge este régimen, encontramos los siguientes:

1. Fomentar la capacitación y formación laboral de los trabajadores como un mecanismo de mejoramiento de sus ingresos y la productividad del trabajo.
 2. Propiciar la transferencia de las personas ocupadas en actividades urbanas y rurales de baja productividad e ingresos hacia otras actividades de mayor productividad.
 3. Garantizar los ingresos de los trabajadores, así como la protección contra el despido arbitrario, respetando las normas constitucionales.
 4. Unificar las normas sobre contratación laboral y consolidar los beneficios sociales existentes.
- Dentro de las modalidades de contrato, bajo el régimen laboral de la actividad privada, desarrollaremos las dos principales:
1. Contrato de trabajo de plazo indeterminado, conforme lo establece el artículo 37° de la Ley de Fomento del Empleo, siendo que en toda prestación de servicios remunerados y subordinados se presume, salvo prueba en contrario, la existencia de un contrato de trabajo por tiempo indeterminado. La norma establece que, por excepción, pueden celebrarse por escrito contratos para obra o servicio determinados, o sometidos a condición o sujetos a plazo en los casos y con los requisitos que el Decreto Legislativo n.º 728, establece. También pueden celebrarse por escrito contratos a tiempo parcial, sin limitación alguna.
 2. Contrato de trabajo a plazo fijo sujeto a modalidad. La modalidad de este tipo de contratos puede ser de tres tipos: De naturaleza temporal, de naturaleza accidental y de obra o servicio.
- En el sector público, algunos organismos del Estado poseen este régimen de manera parcial o general. Por ejemplo, tenemos a los obreros

de los gobiernos locales, así como el personal de diversos organismos públicos adscritos a los sectores del Poder Ejecutivo, e incluso de organismos constitucionales, como por ejemplo la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE)⁴.

2.5. Régimen del Servicio Civil

El último esfuerzo desplegado por el gobierno nacional, en el año 2013, para lograr la tan ansiada modernización del Estado peruano, fue la aprobación de la Ley N.º 30057, que implementa la Ley del Servicio Civil, y tiene como objeto principal establecer un régimen único y exclusivo para las personas que prestan servicios en las entidades públicas del Estado, así como para aquellas personas que están encargadas de su gestión, del ejercicio de sus potestades y de la prestación de servicios a cargo de estas.

La Ley del Servicio Civil asigna la labor de unificación al ente rector de los recursos humanos dentro de la Administración Pública, la Autoridad Nacional del Servicio Civil – SERVIR, principal detractor de la Ley N.º 31131, alegando inconstitucionalidad de la misma, por vulnerar los artículos 43º y 79º de la Constitución, cuestión que finalmente dilucidará el Tribunal Constitucional dentro del fuero de sus competencias interpretativas como órgano colegiado, máximo intérprete de la Carta Política del Estado.

⁴ Ley Orgánica de la ONPE:

Artículo 21.- Los trabajadores de la Oficina Nacional de Procesos Electorales estarán sujetos al régimen laboral de la actividad privada. Los puestos de trabajo, sean permanentes o temporales, serán cubiertos por concurso público, salvo aquellos calificados de confianza, conforme a las leyes vigentes, que no excederán del 10% del total respectivo de trabajadores.

Los trabajadores estarán afectos a las incompatibilidades previstas en los incisos b) y c) del Artículo 9 de la presente Ley.

2.6. Régimen de Contratación Administrativa de Servicios

El régimen de contratación administrativa de servicios, denominado en general CAS, constituye una modalidad contractual especial, de naturaleza administrativa y privativa del Estado, que vincula a una entidad pública con una persona natural que presta servicios de manera subordinada.

De acuerdo a la normativa específica de la materia, artículo 3 del Decreto Legislativo N.º 1057 y artículo 1 del Decreto Supremo N.º 075-2008-PCM, este régimen especial es regulado por normas de Derecho público, confirmando a los trabajadores bajo esta modalidad los beneficios y obligaciones determinadas por las normas antes señaladas, quedando excluidos los derechos, beneficios y bonificaciones que alcanzan a los servidores públicos dentro de los regímenes coexistentes en la Administración Pública, como son el de carrera administrativa (Decreto Legislativo N.º 276) o el del régimen laboral de la actividad privada, regulado con por el Decreto Legislativo N.º 728.

En el derecho laboral se aplica con muchísima razón, el principio de primacía de la realidad, el cual —como su nombre lo indica— otorga certeza a lo que existe realmente, a pesar de la existencia de intentos de simulación como contratos de locación de servicios y recibos por honorarios girados por los mismos trabajadores, para ello se valoran todos los indicios posibles que logren demostrar los tres principales elementos del contrato de trabajo: 1) Prestación personal, 2) Contraprestación (remuneración) y 3) Subordinación, elementos que son parte indiscutible de los contratos CAS, a pesar de la ambigua naturaleza jurídica otorgada por el Tribunal Constitucional, en la Sentencia N.º 002-2010-PI/TC, que le otorga características

mixtas de los regímenes generales y el contrato civil de locación de servicios.

Sobre lo señalado en el párrafo anterior, es preciso citar a la Dra. Keysi Becerra Atauconcha (2010), sobre el Contrato Administrativo de Servicios, CAS y la jurisprudencia de la justicia ordinaria, postsentencia N.º 002-2010-PI/TC:

“En nuestro complejo sistema de contrataciones que rige en el Perú, régimen privado normado por el Decreto Legislativo N.º 728, Texto Único Ordenado aprobado por el Decreto Supremo N.º 003-97-TR y Reglamento, el régimen público bajo las reglas del Decreto Legislativo N.º 276 y su reglamento, y los regímenes especiales, precisamente en este último grupo debemos añadir uno más, creado por el legislador y confirmado por el juez constitucional. Nos referimos, al Régimen Especial de los Contratos Administrativos de Servicios, los tan conocidos CAS, que, a decir de los muchos trabajadores de las entidades estatales, han resultado más de un dolor de cabeza y un problema complicado.

Como es conocido, antes de la incursión del CAS, los trabajadores que prestaban servicios a favor del Estado estaban distribuidos de la siguiente forma: en su gran mayoría se encontraban bajo la regla de régimen privado, ya sea por contrato sujetos a modalidad o contrato indeterminado, que por cierto ya resultaba un poco desconcertante aplicar reglas laborales del sector privado a trabajadores del Estado que tiene otro tipo de connotaciones, pero este no es el momento de resaltarlos. Por otro lado, encontramos a los trabajadores del Estado cuya relación laboral se rige por las reglas del régimen público.

A pesar de la frondosa legislación que rodea a estos regímenes, ambas tienen puntos de encuentro, como son treinta días de vacacio-

nes, gratificaciones, derechos referentes a la seguridad social, entre otros.

Pero la política adoptada últimamente sobre la forma de contratación de los trabajadores del aparato estatal se caracterizaba por la suscripción de contratos civiles o contratos por servicios no personales o contrato de locación de servicios regido por la norma civil, en el que evidentemente, no se reconocía el vínculo laboral entre al prestador de servicios y la empleadora, consecuentemente no se reconocía los beneficios inherentes a un vínculo laboral. Claro, la reacción social ante este panorama no demoró, teniendo como consecuencia de ello la interposición de demandas incoadas ante el Poder Judicial, Juez de trabajo para ser específicos, por parte de trabajadores del Estado en calidad de prestadores de servicios, solicitando la declaración de una relación de naturaleza laboral a tiempo indeterminado y el pago de sus beneficios sociales. **Los pronunciamientos de los jueces laborales, en forma unánime fue la declaración de una relación laboral, esto aplicando el Principio de la Primacía de la Realidad*** (el subrayado es nuestro), que señala que, en caso de discordancia entre lo que ocurren en la práctica y lo que surge de documentos o contratos, debe otorgarse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede o se aprecia en el terreno de los hechos. Así, en virtud de este principio laboral, aun cuando exista un contrato de naturaleza civil, lo que determina la naturaleza de una relación contractual entre las partes es la forma cómo en la práctica se ejecuta dicho contrato, es decir, la preeminencia de la realidad material sobre lo estipulado en el contrato, por lo que en toda prestación de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo fijo indeterminado, conforme a lo conceptuado en el primer párrafo del artículo 4º del Decreto Legislativo N.º 728,

Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N.º 003-97-TR. (Becerra, 2010. pp. 2-04)”

Lo antes señalado por Becerra (2010), refleja la evidente falencia de nuestro complejo sistema de contrataciones de personal, pues nuestro país cuenta con un régimen privado normado por el Decreto Legislativo N.º 728, Texto Único Ordenado aprobado por el Decreto Supremo N.º 003-97-TR y Reglamento, así como también, un régimen público bajo las reglas del Decreto Legislativo N.º 276 y su reglamento, y además, otros regímenes especiales adicionales, en donde se ubica al Régimen Especial de los Contratos Administrativos de Servicios, dispersión normativa que ha generado grandes dificultades al momento de contratar, pero más aún ha sembrado la desigualdad y el desconocimiento de principios y derechos laborales, trasgredidos impunemente a través de esta norma.

El régimen CAS ha sufrido modificaciones estructurales a lo largo de su existencia, pudiendo establecer una evolución normativa y otra de tipo jurisprudencial, a través de la labor desplegada por el máximo intérprete de la Constitución, a efectos didácticos de desarrollo para el presente artículo.

3. EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL RÉGIMEN CAS

Dentro de este título, se ha considerado cuatro momentos clave en la evolución normativa de este cuestionado régimen general, desde su creación hasta su reciente eliminación, con la Ley N.º 31131.

Primera etapa

Inicia el 27 de junio del 2008, con la aprobación del Decreto Legislativo N.º 1057 y su posterior reglamentación a través del Decreto Supremo N.º 075-2008-PCM. En este primer momento, son reconocidos esencialmente tres derechos laborales: vacaciones por 15 días, seguridad social y jornada laboral de 8 horas por un máximo de 6 días a la semana.

Segunda etapa

Esta se regula a través del Decreto Supremo N.º 065-2011-PCM, que dispone la modificación de los artículos 1, 3, 4, 5, 7, 8, 11, 12, 13, 15 y 16 del Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1057, aprobado por Decreto Supremo N.º 075-2008-PCM.

Durante esta segunda etapa, se extiende la gama de derechos protegidos a favor de los trabajadores CAS, se reconocen derechos como el descanso por maternidad, permiso por lactancia, licencia por paternidad, penalidad por despido arbitrario, derecho a la sindicalización y a la huelga, descanso compensatorio por trabajo en sobretiempo, licencia por fallecimiento de familiar directo, descansos subsidiados por Es salud y licencias por capacitación.

Tercera etapa

La tercera etapa surge con la Ley N.º 29849, aprobada el 6 de abril del 2012, mediante la cual se establece la eliminación progresiva del Régimen Especial del Decreto Legislativo 1057 y otorga derechos laborales. En esta etapa, se agregan dos derechos económicos adicionales a los ya reconocidos: vacaciones por 30 días y aguinaldos.

Cuarta etapa

Finaliza con la aprobación por insistencia de la Ley N.º 31131, aprobada en el Congreso de la República el pasado 9 de marzo del 2021, ley que establece disposiciones para erradicar la discriminación en los regímenes laborales del sector público, en aplicación a lo dispuesto por el artículo 108 de la Constitución Política del Perú, que permite al Parlamento, a pesar de las observaciones hechas por parte del Poder Ejecutivo, eliminar finalmente el Decreto Legislativo N.º 1057 de la Administración Pública.

4. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL RÉGIMEN CAS

La evolución normativa antes desagregada en cuatro etapas responde al trabajo interpretativo que ha realizado el Tribunal Constitucional para ir reduciendo la brecha entre los regímenes generales de la Administración Pública, en aras de salvaguardar los derechos de los trabajadores del sector público. Consideramos que han existido avances, pero también retrocesos en la labor de este alto órgano colegiado, respecto de la materia investigada, la que hemos resumido en cuatro sentencias de relevancia constitucional:

- STC N.º 002-2010-PI/TC, de fecha 7 de setiembre 2010:

En esta primera sentencia se debate la naturaleza jurídica del Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios CAS.

Es presentada por 5 mil ciudadanos en una demanda de inconstitucionalidad contra el Poder Ejecutivo por la trasgresión de diversos derechos fundamentales, entre ellos, el derecho a la igualdad (Constitución Po-

lítica del Perú art. 2, inc. 2), el derecho a la igualdad de oportunidades (Constitución Política del Perú, artículo 26, inc. 1) y el derecho a la protección contra el despido arbitrario (Constitución Política del Perú, artículo 27).

La defensa del Ejecutivo contra los argumentos esgrimidos por los demandantes se redujo a una defensa de forma, enfatizando que el Decreto Legislativo N.º 1057 no vulneraba derechos laborales, por el contrario otorgaba seguridad jurídica a trabajadores que antes no tenían derechos, haciendo clara referencia a los trabajadores por Servicios No Personales (SNP), la modalidad civil a través de la que el Estado valía su mayor número de contrataciones de personal, subordinado, remunerado y con un centro de labores asignado.

Por su parte, el Tribunal Constitucional resolvió la demanda señalando que no resulta inconstitucional considerar al Decreto Legislativo N.º 1057 como una norma de derecho laboral, dado que puede coexistir con los regímenes generales existentes.

Asimismo, indicó que no se aplica el principio derecho de igualdad porque no tienen la misma naturaleza, por lo que se justifica un trato «diferenciado». Finalmente, declaró infundada la demanda, concluyendo que el régimen CAS es un sistema de contratación laboral, sustitutorio del sistema civil de contratación de locación de servicios, también conocido como de servicios no personales —regulado por el artículo 1764º y siguientes del Código Civil.

- STC N.º 00876-2012-PA/TC, de fecha 11 de junio 2013:

Este es el Recurso de Agravio Constitucional interpuesto en la ciudad de Arequipa por el señor **Juan Jara Chura** contra la **Municipalidad Provincial de Arequipa**.

En este caso, el Tribunal Constitucional declara fundada la demanda de este trabajador, y se establece la **prórroga automática en el régimen especial CAS**.

- STC N.º 05057-2013-PA/TC, de fecha 16 de abril 2015:

El caso Huatuco Huatuco, acontecido en el año 2015, ha generado en los operadores jurídicos desavenencias y posturas contrapuestas en su aplicación como precedente vinculante, produciéndose un *overruling*⁵ en el criterio utilizado por el Tribunal Constitucional para resolver la demanda interpuesta.

La exigencia del ingreso por concurso público a una plaza prevista y presupuestada, de duración indeterminada, se vuelve la valla a alcanzar para los trabajadores CAS que busquen, a través de la desnaturalización laboral, una justa reposición a sus puestos de trabajo.

El caso Huatuco Huatuco representa para la investigadora un retroceso en la protección de derechos fundamentales, pues a través de esta sentencia se cambió el criterio de desnaturalización a favor del servidor bajo este régimen y se impusieron requisitos exigibles como el ingreso por concurso público, la plaza presupuestada y en situación de vacante, que cerraba el ca-

mino judicial de los trabajadores que eran despedidos (o no renovados) bajo esta modalidad contractual.

Este precedente vinculante obligó a varios magistrados, entre otros, a los doctores Omar Toledo y Félix Ramírez, a utilizar técnicas como el *distinguishing* para lograr ejercer con justicia el reconocimiento de derechos laborales, tema previamente investigado y expuesto en el año 2016 por la investigadora.

- STC N.º 0025-2013-PI/TC y otros de fecha 26 de abril 2016:

La última sentencia que he considerado en este trabajo está referida a la demanda de inconstitucionalidad de la Ley N.º 30057, Ley del Servicio Civil y otros, pues, si bien es cierto no es una norma que regule el régimen CAS, esta ley pretende unificar los tres regímenes generales de la Administración Pública por lo que corresponde se extienda el análisis hasta ella. La demanda de inconstitucionalidad fue interpuesta por cinco mil ciudadanos y los Colegios de Abogados de Junín y Tacna.

El caso fue resuelto por el Tribunal Constitucional y se declararon inconstitucionales algunos artículos, como aquellos referidos a la no incorporación de los trabajadores de entidades especiales del Estado (BCR, Congreso de la República, SBS, CG, SUNAT, otros). Asimismo, se excluyó la prohibición absoluta de negociación colectiva de remuneraciones en el sector público. Se eliminaron además las sanciones disciplinarias fundadas en la causal de “prevaricación”, por cuanto su alto nivel de imprecisión afecta el principio de legalidad.

5 Técnica que permite cambiar un precedente vinculante por uno nuevo. Esto significa que no solo modifica un precedente vinculante, sino que se impone al anterior, sustituyendo el criterio adoptado por otro.

5. APROBACIÓN POR INSISTENCIA DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

La Constitución Política de 1993 establece en su artículo 108° el proceso de promulgación de las leyes, señalando que la ley aprobada se envía al presidente de la República para su promulgación dentro de un plazo de quince días. En caso de que la ley no sea promulgada por el presidente de la República, lo hace el presidente del Congreso o el presidente de la Comisión Permanente, según corresponda.

Si el presidente de la República tiene observaciones a la ley aprobada en el Congreso, ya sea a toda o a una parte de ella, las presenta en el término de quince días. Reconsiderada la ley por el Congreso, su presidente la promulga con el voto de más de la mitad del número legal de sus miembros, a esto se conoce, en doctrina, como aprobación por insistencia.

El Tribunal Constitucional peruano también ha reconocido la facultad del presidente de la República para objetar las autógrafas de Ley, conforme se ha contemplado en la jurisprudencia recaída en el Exp. N.º 00028-2010-PI/TC, situación que se ha suscitado en torno a la polémica eliminación del Régimen CAS, a raíz de que en diciembre del 2020, el pleno del Congreso, aprobó con una amplia mayoría (113 votos) el proyecto de ley que disponía la eliminación de los Contratos Administrativos de Servicios (CAS) en el sector público, autorizando el pase automático de los trabajadores a los regímenes generales, regulados a través de los Decretos Legislativos N.º 276 y N.º 728, tema desarrollado en un acápite previo.

Las observaciones fueron presentadas en el oficio N.º 024-2021-PR, de fecha 14 de enero del 2021, por el presidente Francisco Sagasti y la presidenta del Consejo de Ministros, Violeta

Bermúdez, ambos se dirigieron a la presidenta del Congreso, Mirtha Vásquez para darle a conocer 21 puntos observados a la Ley, principalmente de naturaleza económica y presupuestal, entre las que destacan la afectación al acceso e incorporación de servidores a la Administración Pública y la oposición a la reforma del servicio civil.

Así también el referido documento acota que si se continuara con la ratificación de la autógrafa de ley, su implementación demandará un costo de **S/ 4,244.6 millones de soles** del tesoro público, advirtien además la inviabilidad de la tan anhelada eliminación del régimen CAS por parte del Estado.

El resultado de esta confrontación entre los poderes clásicos del Estado fue la aprobación por insistencia de la observada Ley, el pasado 9 de marzo de 2021, quedando sobre el tablero del juego la posibilidad de la interposición de una demanda de inconstitucionalidad por parte del Ejecutivo ante el Tribunal Constitucional, órgano colegiado que tendrá la importante función de dilucidar esta grave controversia.

A pesar del accidentado tránsito de este régimen, la solución aún no se vislumbra, pues los detractores de la derogatoria del CAS han evidenciado su grave preocupación por el costo en el **aumento de planillas hasta en un 25 %**, conforme lo ha manifestado la Autoridad Nacional del Servicio Civil-SERVIR, entre otras consideraciones, afirma que la Ley N.º 31131 adolece de vicios de inconstitucionalidad, al vulnerar los artículos 79° y 43° de la Constitución, que impiden al Congreso de la República legislar bajo las restricciones del gasto público e interferir en las competencias exclusivas del Ejecutivo, en materia de recursos humanos en la Administración Pública.

La incertidumbre se intensifica al recordar que el Tribunal Constitucional peruano ya ha declarado inconstitucionales casos controvertidos que irrogan un aumento en el gasto público, como por ejemplo la Ley N.º 31039, que regulaba los ascensos automáticos en el sector salud, determinando la vulneración de los artículos 78º, 79º y 118º inc. 7, que establecen las facultades del Ejecutivo para administrar la Hacienda Pública y por otro lado, las restricciones del Legislativo para crear o aumentar gastos públicos junto con el principio de equilibrio presupuestal.

Ello, conforme se puede analizar en la sentencia recaída en el Expediente N.º 00011-2020-AI, de fecha 15 de diciembre del 2020, y la sentencia que declara inconstitucional la Ley N.º 30745 que regulaba la carrera del trabajador judicial, considerando que carece de razonabilidad excluir a los trabajadores del Poder Judicial de los alcances de la Ley N.º 30057, ley del Servicio Civil, así como la inexistencia de progresión en la carrera, conforme se constata en la sentencia del Expediente N.º 00029-2018-PI/TC, de fecha 20 de agosto del 2020.

6. PANORAMA ACTUAL EN EL CONTEXTO DE SU ELIMINACIÓN

La promulgación de la Ley N.º 31131, ley que establece disposiciones para erradicar la discriminación en los regímenes laborales del sector público, aprobada por insistencia, el pasado 9 de marzo del 2021, ha significado la puesta en alerta del ente rector de la modernización en la Administración Pública, nos referimos a la Autoridad Nacional del Servicio Civil-SERVIR, máximo detractor de la eliminación del régimen CAS, que considera esta derogatoria una afrenta a sus competencias organizativas y

direccionales de los recursos humanos del sector público.

Es importante recordar que la labor de eliminar este régimen discriminatorio fue asignada a la Autoridad Nacional del Servicio Civil (Servir) desde el 2003, año en que se aprobó la Ley N.º 30057, Ley del Servicio Civil, y se dispusiera el tránsito de los servidores del régimen CAS a uno que contemplara todos los derechos y beneficios homogéneos de los otros regímenes generales, que se buscaban unificar en el marco de la Ley Servir, situación que nunca logró materializarse a pesar del profuso marco normativo que contempla estos intentos.

Sobre ello, los detractores a la norma materia de comentario señalan de manera enfática el pronunciamiento efectuado por el Tribunal Constitucional sobre el Régimen CAS, en el año 2010, nos referimos al fundamento jurídico 47 de la sentencia del Expediente N.º 00002-2010-PI/TC, donde se establece que el régimen especial de contratación administrativa de servicios *es propiamente un régimen especial de contratación laboral para el sector público que resulta compatible con el marco constitucional; sin embargo, omiten el carácter temporal otorgado por este Colegiado, ante la falta de recursos económicos en el Estado para incorporar a los trabajadores que laboraban bajo el contrato civil de locación de servicios, estableciendo la obligación del Estado de reducir progresivamente este régimen a efectos de aumentar los derechos fundamentales de los trabajadores, conforme se dispuso en la Ley N.º 29849, ley que establece la eliminación progresiva del Régimen Especial del Decreto Legislativo N.º 1057 y otorga derechos laborales, aprobada el 6 de abril de 2012.*

Servir ha demostrado la incapacidad de unificar bajo un solo régimen la gran dispersión

normativa que existe en materia laboral dentro de la Administración Pública; sin embargo, se manifiesta crítico a la iniciativa del Parlamento de brindar una solución permanente a los cientos de miles de trabajadores que han visto frustrados sus anhelos de justicia e igualdad frente a la discriminación sufrida por este subsistema trasgresor de derechos humanos, durante más de una década, a pesar de existir el sustento jurídico y normativo que preveía su eliminación, desde el año 2012, conforme lo expuesto en el párrafo anterior.

Respecto al costo de implementación de la medida propuesta, y los considerables gastos adicionales al tesoro público que importa la aplicación de la Ley N.º 31131, considero que situación similar se presentó en el año 2008, donde la informalidad con la que laboraban los trabajadores conocidos como SNP (contrato civil de Locación de servicios), también significó una medida económica del Estado para reducir el costo de cada trabajador en desmedro de sus derechos fundamentales, sin embargo una vez aprobado el Decreto Legislativo N.º 1057, que crea el Régimen de Contratación Administrativa de Servicios, las planillas se **sinceraron** y, aunque el aumento fue considerable (gastos adicionales al tesoro público), en el caso de la Municipalidad Provincial de Trujillo, por ejemplo, el aumento fue de un **430 %**, lo que demuestra que las entidades pudieron financiar el total de gastos vinculados a la planilla de personal, y cumplir lo dispuesto en la norma.

El análisis económico de derecho que pretende hacerse en el caso del Régimen CAS ha tenido desde el 2012, año en que se aprobó la Ley 29849, —ley que establece la eliminación progresiva del régimen especial del Decreto Legislativo 1057 y otorga derechos laborales—,

nueve años para su implementación oportuna en el presupuesto del sector público. La ineficiencia de las entidades gubernamentales no puede ser justificación para admitir la vulneración de derechos fundamentales en condición de derechos humanos, protegidos por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en palabras del profesor Olivier de Schutter (de la Universidad de Louvain - Bélgica), “The primacy of human rights to a decent standard of living has a base on the specific nature of human rights”⁶ —.

CONCLUSIONES

Se ha presentado un análisis constitucional profundo sobre el origen, evolución y eliminación del régimen CAS en el ordenamiento jurídico peruano, así como su cuestionamiento actual en base a la vulneración de disposiciones constitucionales que podrían dar como resultado la declaración de inconstitucionalidad de la Ley que elimina este régimen, a través de la compilación exhaustiva de los planteamientos circundantes a la temática de este régimen, y la problemática que trae consigo la incertidumbre de su derogatoria, nos lleva a concluir lo siguiente:

- El Régimen de Contratación Administrativa de Servicios, aprobado a través del Decreto Legislativo N.º 1057, en el 2008, por fin ha sido derogado por el Congreso de la República con la Ley N.º 31131, ley que establece disposiciones para erradicar la discriminación en los regímenes laborales del sector público.

⁶ La primacía del derecho humano a una vida digna es la base de la naturaleza de los derechos humanos.

- La decisión mayoritaria del Congreso de aprobar la ley que deroga el Régimen de Contratación Administrativa de Servicios(-CAS), ratifica el carácter transitorio que se atribuyó al Régimen CAS y permitía su vigencia en el orden constitucional, bajo la interpretación de su supremo intérprete, por más de doce años, con la condición *sine qua non* de su progresiva eliminación, situación que nunca se vio resuelta por el Poder Ejecutivo en su órgano rector, la Autoridad Nacional del Servicio Civil(Servir).
- El cuestionamiento sobre la constitucionalidad de la Ley N.º 31131, ley que establece disposiciones para erradicar la discriminación en los regímenes laborales del sector público, deberá ser resuelto por el Tribunal Constitucional, que definirá los límites formales y materiales para su derogatoria o subsistencia en el orden jurídico nacional.
- El Régimen CAS constituía uno de los regímenes generales para el acceso al sector público, con una normatividad que, lejos de beneficiar a los trabajadores de su jurisdicción, generó inequidad y un mecanismo alternativo de acceso a la Administración Pública, sin cerrar la puerta de los contratos por servicios no personales (locación de servicios, contrato de naturaleza civil), que originalmente pretendió reemplazar.
- La dispersión normativa existente en materia laboral ha producido desorden y malestar en los cientos de miles de trabajadores, con especial énfasis en los trabajadores del Estado, afectados con planillas concurrentes, y asignación de labores semejantes, pero con diferencias sustanciales en materia remunerativa, según el régimen en el que se encuentren.
- El principio de primacía de la realidad, aplicado en pro del trabajador debe ser la base axiológica del respeto irrestricto de los servidores públicos, sin importar el tipo de encasillamiento legal que pretenda imponerse, en perjuicio de sus derechos laborales y derechos fundamentales, en su condición de seres humanos, en igualdad de dignidad, conforme lo establece el artículo 1º concordante con el artículo 23º de la Constitución Política del Perú.
- La incertidumbre generada por las observaciones del Poder Ejecutivo a la Ley 31131 nos lleva a la reflexión crítica sobre las competencias que ha empleado el Congreso dentro de sus facultades legislativas y si estas interfieren con las otorgadas por la Constitución al Ejecutivo.
- Conforme se señaló en el trabajo fuente de este artículo⁷, la derogatoria del Decreto Legislativo N.º 1057 y sus normas complementarias, del ordenamiento jurídico peruano, fortalece el orden constitucional al hacer una ponderación de derechos fundamentales, eliminando un régimen que vulnera derechos laborales y se constituía como un **subsistema nocivo en perjuicio de los servidores públicos**, restaurando de este modo, derechos negados por más de una década a un importante número de servidores del Estado.
- A través de las experiencias que surgen de la aplicación del Régimen CAS, consideramos que es necesaria la creación de un

7 Palomino, N. *Consecuencias Jurídicas y Económicas que se derivan de la aplicación del Régimen Especial CAS al personal de la Municipalidad Provincial de Trujillo*. [Tesis de maestría]. Trujillo, Perú: Universidad Nacional de Trujillo. 2016.

organismo supervisor que garantice la eliminación definitiva de la Contratación Administrativa de Servicios en las entidades del Estado, imponiendo sanciones administrativas, a las entidades que persistan en esta práctica, así como a cualquier otro subsistema que genere discriminación e inequidad entre los trabajadores de la Administración Pública.

- Es importante también crear políticas de sensibilización a la población en general y a los operadores jurídicos en especial, respecto a derechos fundamentales, a fin de crear sentimiento constitucional y una cultura democrática que no permita abusos y atropellos contra sus derechos.
- Haciendo un especial énfasis en el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos humanos, me permito citar al Prof. Olivier de Schutter, de la Universidad de Louvain en Bélgica, quien en el marco del curso de Derecho Internacional de la Academia de La Haya (2021), afirmó que la primacía del derecho humano a una vida digna es la base de la naturaleza de los derechos humanos. Ejemplo de esta afirmación lo encontramos en el caso *Casa Nina vs. Perú*, resuelto recientemente por la Corte Americana de Derechos Humanos, el 24 de noviembre del 2020.
- Finalmente, es imperativo que los poderes constituidos del Estado peruano (Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial) conozcan, respeten y cumplan los convenios y pactos internacionales, de los

que el país forma parte, razón por la que, previo al uso de sus facultades de iniciativa legislativa, deben guardar la adecuación de ellas, a los principios y derechos laborales en ellos garantizados, sin vulnerar el principio de progresividad y no regresividad de los derechos laborales dentro de nuestro sistema jurídico constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

- AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (Servir). Los regímenes laborales en el Perú. En: *El servicio civil peruano antecedentes, marco normativo actual y desafíos para la reforma*. Resumen Ejecutivo (pp. 20-88), (2016). <https://bit.ly/3mEyHLz>
- BACACORZO, G. *Derecho Administrativo del Perú. Subjetivo - Adjetivo*. Tomo I. Lima, Perú: Editorial Cuzco, 1992.
- BECERRA, K. El contrato administrativo de servicios y la jurisprudencia de la justicia ordinaria post sentencia STC N.º 002-2010-TC/PI. En: *Derecho y Cambio Social* n.º 26, pp. 2-4.
- GAMARRA, E. La Ley 31131 precariza el empleo público. En *LP Pasión por el Derecho* [en línea]. (marzo, 2021). <https://lpderecho.pe/la-ley-31131-precariza-el-empleo-publico/>
- GUZMÁN, C. *Procedimiento Administrativo General*. Tomo I. Lima: Perú. Editorial Instituto Pacífico, 2020.
- LUYO, M. La carrera administrativa: su necesaria observancia para la regulación de la negociación colectiva en materia remunerativa de los servidores públicos en el Perú. En: *Derecho & Sociedad* n.º 53, 171-182, 2020. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/21799>
- PALOMINO, N. Consecuencias jurídicas y económicas que se derivan de la aplicación del Régimen Especial CAS al personal de la Municipalidad Provincial de Trujillo. [Tesis de maestría]. Trujillo, Perú: Universidad Nacional de Trujillo, 2016.

LOS IMPEDIMENTOS PARA CONTRATAR CON EL ESTADO Y LOS PRINCIPIOS DE LIBRE CONCURRENCIA Y COMPETENCIA

Victoria Raquel Pérez Aguilar¹

RESUMEN

El presente artículo pretende analizar los impedimentos para contratar con el Estado, regulados en el artículo 11 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones con el Estado y su afectación a los principios de libre concurrencia y competencia contemplados en el artículo 2 del referido Texto Único Ordenado. Analizaremos sobre el sentido y la finalidad de la regulación de los impedimentos y su necesidad de ser modificados para procurar la mayor concurrencia de postores posibles en el procedimiento de selección y no caer en el riesgo de quedarnos sin proveedores habilitados para contratar con el Estado, lo que sin duda sería contrario a la finalidad misma de la Norma de Contrataciones.

¹ Magíster en Contratación Pública, Árbitro especializado en Contrataciones con el Estado adscrita a diferentes centros de arbitraje a nivel nacional, docente de la Universidad Continental, capacitadora en diversos cursos organizados por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). Ha laborado en entidades públicas como SUNAT, OSCE y Poder Judicial.

INTRODUCCIÓN

Durante años, en un afán de prosperidad y mejora económica, los diversos estados democráticos han procurado introducir preceptos y derechos económicos a sus sistemas normativos, a fin de viabilizar una participación conjunta de los particulares y el Estado.

En el Perú, es en la Constitución Política de 1993 que se establecen diversos derechos que coadyuvarían un desarrollo adecuado de nuestro sector económico. Así, tenemos que en su artículo 2°, numeral 14, encontramos regulado lo referido a la libertad contractual y en el artículo 58°, lo referido a la famosa economía social de mercado y la libertad de la iniciativa privada.

No obstante, si bien nuestro marco jurídico Constitucional regula la capacidad y libertad contractual de los particulares (personas naturales o jurídicas), así como la iniciativa privada dentro del sector económico, el ejercicio de estos derechos en algunas ocasiones se encuentra limitado por ciertos parámetros y regulaciones que surgen del desarrollo legislativo.

En ese sentido, el presente artículo se centrará en analizar los parámetros legislativos que limitan la libre contratación y la iniciativa privada dentro de las Contrataciones del Estado.

1. NORMATIVA DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO Y SUS IMPEDIMENTOS

Es muy sabido en el mundo jurídico que todo derecho constitucional debe ser debidamente desarrollado mediante la técnica legislativa y reglamentaria, a efectos de procurar su aplicación adecuada, en términos que sea razonable y proporcional con su contenido esencial y con la materia a la que se incorpora.

En esa línea, en cuanto a la materia que nos ocupa, se han emitido diversas normas con el objetivo de perfeccionar las relaciones contractuales surgidas entre los particulares y el Estado, encontrándose vigente el Texto Único Ordenado (en adelante TUO) de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N.° 082-2019-EF, y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N.° 344-2018-EF.

Ahora bien, como parte del perfeccionamiento de las relaciones contractuales, surge la necesidad de garantizar una igualdad empresarial que no limite, sino por causas estrictamente razonables, la libertad contractual. Para ello, nuestra normativa (el TUO de la Ley de Contrataciones) ha fijado diversos impedimentos, los cuales considero deben procurar la no creación de situaciones de ventaja entre los participantes en un procedimiento de selección. Ya que nuestro sistema económico privado es tan variado y escalonado involucrar a todos los participantes sin limitación alguna generaría situaciones de disparidad fundados en los desniveles de poder. Dicho de otro modo, no podríamos considerar razonable que, en un concurso público, por ejemplo, se presente como participante el pequeño empresario dueño de una librería de la esquina, y que su competencia sea el ministro de Cultura o algún magistrado del Poder Judicial; ya que estos últimos, debido a su cargo e influencias relacionadas con su estatus económico y/o laboral, tendrían mayores chances de obtener la buena pro. Aunado a que en un país como el nuestro, donde reina la corrupción y el amiguismo (lo digo con mucha pena, pero de cara a la realidad), no resultaría extraño enterarnos de los “favores” que conllevaron a la adjudicación del concurso.

Así, el artículo 11° del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado señala una lista muy extensa de las personas naturales y jurídicas que se encuentran impedidas para ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas. No obstante, para un mejor entendimiento en cuanto al análisis, dividiremos la lista en dos grupos, el primero que abarca desde el numeral a) hasta el numeral f), donde encontraremos a todos los operadores encargados de la administración pública (funcionarios y servidores), a quienes —como se mencionó en líneas precedentes— es indispensable su impedimento por encontrarse en una situación de poder económico mayor, así como la peligrosidad del mal uso de sus influencias políticas para asegurar adjudicaciones irregulares. Y, en el segundo grupo están las personas jurídicas o naturales pertenecientes a la sociedad civil, cuyo impedimento se encuentra fundado en circunstancias y requisitos especiales respecto de la relación que se mantiene con la determinación de las características técnicas o en la elaboración de los documentos que regulan el procedimiento de selección, como es el caso de lo establecido en el literal g).

Asimismo, en este segundo grupo encontramos impedimentos por razón de vínculos maritales, convivenciales o parentales hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad (literal h), para cuya determinación corresponde remitirnos al Libro de Familia regulado por el Código Civil, el cual, en su artículo 236°, establece lo siguiente:

Artículo 236.- Parentesco consanguíneo

El parentesco consanguíneo es la relación familiar existente entre las personas que descienden una de otra o de un tronco común.

El grado de parentesco se determina por el número de generaciones.

En la línea colateral, el grado se establece subiéndose de uno de los parientes al tronco común y bajando después hasta el otro. Este parentesco produce efectos civiles sólo hasta el cuarto grado.

De este texto normativo se desprenden dos tipos de parentesco consanguíneo: **i) consanguinidad por línea recta**, que se halla de manera implícita en el primer párrafo y que su determinación corresponde a la ascendencia o descendencia, según sea el caso, de nuestro tronco familiar y, **ii) consanguinidad en línea colateral**, cuyo grado se determinará llegando al tronco en común y contando hacia abajo. Así, por ejemplo, cuando se refiere hasta el segundo grado de consanguinidad en línea recta ascendente, tendremos a nuestros padres y a nuestros abuelos, mientras que cuando se refiere hasta el segundo grado de consanguinidad en línea recta descendente, tendremos a nuestros hijos y nietos. Por otro lado, en el segundo supuesto, esto es, en línea colateral, tendremos a nuestro padre y a nuestro hermano, en primer y segundo grado respectivamente, esto en razón de que la graduación se realiza teniendo como referencia el tronco en común. En este caso, el tronco común entre mi hermano y yo, es mi padre (primer grado), y luego descendemos hasta mi hermano (segundo grado).

Ahora, en cuanto al parentesco por afinidad, el artículo 237° del Código Civil, señala:

Artículo 237.- Parentesco por afinidad

El matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad.

La afinidad en línea recta no acaba por la disolución del matrimonio que la produce.

Subsiste la afinidad en el segundo grado de la línea colateral en caso de divorcio y mientras viva el ex-cónyuge.

Como se aprecia, nuestro sistema normativo regula la relación por afinidad solo en los casos en los que exista una relación conyugal, siendo lo importante para determinar el parentesco lo reglado en la segunda oración del primer párrafo, el cual dice: “Cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad”. De lo expuesto se infiere que mis grados de consanguinidad pasarán a ser los grados de afinidad de mi cónyuge, mientras que los grados de consanguinidad de mi cónyuge pasarán a ser mis grados de afinidad.

Cabe precisar que el referido numeral no señala si para el grado de consanguinidad o afinidad se debe tener en cuenta la línea recta, la línea colateral o ambas. A su vez, hay que recalcar que no basta con tener familiares dentro del grado que la norma señala, sino que, para que el impedimento surta sus efectos, deben concurrir los criterios establecidos en el literal h) del artículo 11 del TUO de la Ley de Contrataciones, los cuales son:

- (i) Cuando la relación existe con las personas comprendidas en los literales a) y b), el impedimento se configura respecto del mismo ámbito y por igual tiempo que los establecidos para cada una de estas;
- (ii) Cuando la relación existe con las personas comprendidas en los literales c) y d), el impedimento se configura en el ámbito de competencia territorial mientras estas personas ejercen el cargo y hasta doce (12) meses después de concluido;
- (iii) Cuando la relación existe con las personas comprendidas en el literal e), el impedimento se configura en la Entidad a la que

pertenecen estas personas mientras ejercen el cargo y hasta doce (12) meses después de concluido;

- (iv) Cuando la relación existe con las personas comprendidas en los literales f) y g), el impedimento tiene el mismo alcance al referido en los citados literales.

En cuando al impedimento referido a los vínculos de consanguinidad o afinidad, debemos precisar que la actual norma de contrataciones del Estado, a diferencia de lo establecido en nuestro Código Civil, amplía el impedimento al siguiente texto: “El cónyuge, conviviente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad”, no haciéndose distinción o mención alguna a los parientes que ingresan dentro de este catálogo.

Ahora, para continuar con el análisis respecto a los impedimentos para contratar con el Estado, es importante que revisemos algunas de las opiniones emitidas por la Dirección Técnico Normativa del OSCE, como la Opinión 140-2019/DTN, que señala lo siguiente:

Los cónyuges, convivientes y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de los altos funcionarios comprendidos en el literal a) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley —tales como los Congresistas de la República— se encuentran impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, en todo proceso de compras públicas que convoque cualquier Entidad, a nivel nacional (lo que incluye a todas las Entidades que conforman los tres poderes del Estado); asimismo, tal impedimento les resulta aplicable desde que dichos funcionarios asumen el cargo y hasta los doce (12) meses posteriores de haber dejado el mismo.

En el marco de la normativa de contrataciones del Estado vigente, los cónyuges, convi-

vientes y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de los altos funcionarios comprendidos en el literal a) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley —tales como los Congresistas de la República— se encuentran impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, en todo proceso de compras públicas que convoque cualquier entidad, a nivel nacional (lo que incluye a todas las entidades que conforman los tres poderes del Estado). Asimismo, tal impedimento les resulta aplicable desde que dichos funcionarios asumen el cargo y hasta los doce (12) meses posteriores de haber dejado el mismo.

En la misma línea encontramos la Opinión 034-2020/DTN, que señala lo siguiente:

La competencia territorial de los Alcaldes se circunscribe al territorio que constituye su jurisdicción, ámbito en el cual aplica el impedimento desde que dejan el cargo y hasta doce (12) meses posteriores a dicho evento; sin perjuicio de ello, mientras ejerzan como Alcaldes, estos se encontrarán impedidos en todo proceso de contratación que se convoque a nivel nacional, conforme a lo dispuesto en el literal d) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

La opinión citada menciona que un alcalde está impedido de ser participante, postor, contratista y/o subcontratista, en todo proceso de contratación pública, incluyendo aquellas contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a ocho (8) unidades impositivas tributarias; impedimento que se aplica a las personas jurídicas en las que aquel sea integrante de los órganos de administración, apoderado o representante legal, conforme a lo dispuesto en el literal k) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

Como hemos podido advertir, los cónyuges,

convivientes y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y segundo grado de afinidad estarán impedidos de participar en las contrataciones del Estado, por la simple y sencilla razón de que sus familiares, se encuentran dentro de algún impedimento para que puedan ejercer su derecho a la libertad de contratación, situación que, en algunos casos, resulta ser excesiva, ya que por el simple hecho de que mi hermano o padre sean, por ejemplo, congresistas o jueces supremos de la Corte Suprema de justicia de la República, o titulares y miembros de órganos colegiados de los organismos constitucionalmente autónomos, yo me vería perjudicada de no poder realizar ninguna contratación con el Estado, lo cual generaría grave afectación a nuestro derecho a contratar sin restricción alguna.

Recordemos que de conformidad con lo señalado en el literal a) y b) del artículo 11 del TUO de la Ley de Contrataciones, encontramos los impedimentos denominados “totales”, ya que las personas señaladas en los referidos literales tienen un impedimento total para contratar con el Estado, es decir, no podrán realizar contratación alguna con el Estado, y resulta que su impedimento es aplicado también a sus cónyuges, convivientes y parientes hasta el segundo grado de afinidad y segundo grado de consanguinidad.

Artículo 11. Impedimento

11.1 Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, incluso en las contrataciones a que se refiere el literal a) del artículo 5, las siguientes personas:

a) El Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Congresistas de la República,

los Jueces Supremos de la Corte Suprema de Justicia de la República, los titulares y los miembros del órgano colegiado de los Organismos Constitucionales Autónomos, en todo proceso de contratación mientras ejerzan el cargo y hasta doce (12) meses después de haber dejado el mismo.

b) Los Ministros y Viceministros de Estado en todo proceso de contratación mientras ejerzan el cargo; luego de dejar el cargo, el impedimento establecido para estos subsiste hasta (12) meses después y solo en el ámbito de su sector.

El tema planteado ha sido también analizado por el Tribunal Constitucional en términos que merecen ser adoptados por el legislador y procurar una modificación normativa respecto a los impedimentos para contratar con el Estado.

Este pronunciamiento versó respecto del impedimento relacionado con el vínculo de consanguinidad. En el caso en concreto, del impedimento imputado al hermano de un congresista, quien se vio impedido de estar inscrito en el registro nacional de proveedores del Estado (RNP); debiendo recordar que, de conformidad con lo señalado en el artículo 11 de la Ley de Contrataciones con el Estado, el impedimento se extiende tanto para ser participante, postor y contratista.

En la Sentencia N.º 1087/2020, emitida por el Tribunal Constitucional, se analiza la demanda de amparo interpuesta por Domingo García Belaúnde, hermano de un congresista, quien indicó que se había registrado en el Registro Nacional de Proveedores, con una vigencia desde el 18 de setiembre de 2012 hasta el 18 de setiembre de 2013. Sin embargo, tuvo que renunciar a su condición como proveedor; ya que, de manera extraoficial, se le informó que incurría en uno de los impedimentos señalados

en la normativa que regula las contrataciones con el Estado. De este modo, lo que solicitó el demandante es la inaplicación del artículo 10 literal f) del Decreto Legislativo N.º 1017, y en ese sentido, se le permita volver a registrarse en el RNP; puesto que considera que tal impedimento vulnera su derecho a la libre contratación y a la presunción de inocencia.

Cabe precisar que el literal f) del Decreto Legislativo N.º 1017 es regulado también en la actual norma de contrataciones, en el literal g).

Es importante traer al análisis lo resuelto en Primera Instancia, siendo que el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional determinó fundada la demanda. Sus argumentos a favor de esta versan, principalmente, sobre lo siguiente:

Conforme a una interpretación finalista, lo que busca el artículo 10, inciso “f”, del Decreto Legislativo 1017, es evitar que la condición de congresista pueda ser aprovechada para contratar los servicios de un familiar de este. A su juicio, tal influencia se puede dar en el ámbito del órgano donde labora el hermano del actor, esto es, el Congreso de la República. Sin embargo, en el presente caso, ello no ocurre, pues el hermano congresista no tiene injerencia en otras entidades públicas, al ser un congresista de oposición al gobierno de turno (...). Por consiguiente, interpretando la norma cuestionada según su finalidad, concluye que el actor sí puede ser proveedor del Estado, excepto del Congreso y ordena al OSCE que permita la inscripción del demandante en el Registro Nacional de Proveedores.

Sin duda alguna, esta interpretación del juzgador viene a ser una luz al final de camino, y ello a razón de que durante mucho tiempo estos impedimentos han sido interpretados de

maneral literal y, consecuentemente, han sido limitativos para quienes encajan en el supuesto. Empero, a pesar de que la decisión fue favorable para el demandado, en Segunda Instancia, el giro de la materia de *litis* culminó en la revocación de la apelación, declarándola improcedente; ya que, a juicio del juzgador, se había incurrido en la sustracción de la materia, esto en razón de que la Ley N.º 30225 derogó el Decreto Legislativo. N.º 1017.

Desde mi punto de vista, lo resuelto respecto a la resolución cuestionada no fue más que una salida sencilla, que le permitió eximirse del análisis de fondo; ya que, si se le hubiera dedicado el tiempo y esfuerzo necesario, se habría llegado a la simple, pero importante, conclusión de que, a pesar de que el Decreto Legislativo. N.º 1017. se haya derogado, su contenido aún está presente en la Ley N.º 30225. Sin embargo, con un mejor y amplio criterio, el Tribunal Constitucional sí desarrolla este aspecto, con la seriedad que merece, y determina que lo contemplado por la norma derogada (artículo 10 del D. L. N.º 1017) persiste en la normativa vigente (artículo 11 de la Ley N.º 30225); por ello, el Colegiado estima que no corresponde la sustracción de la materia en ese extremo. Una vez establecido ello, pasa a realizar el respectivo análisis de fondo; siendo el primer escalón determinar si es que efectivamente se estaba incurriendo en la vulneración de los derechos fundamentales incoados por el demandante.

Respecto al derecho a la libertad de contratación, nos recuerda que este se aborda en el inciso 14 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú. Así, se remite a jurisprudencia en la que reiteradamente se ha establecido que este derecho se fundamenta en la autonomía priva-

da y concluye que el núcleo del mencionado derecho fundamental se basa en dos aspectos: “Autonomía para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al cocelebrante” y “Autonomía para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual”. Además de ello, toma en consideración los principios ya establecidos en la normativa vigente de las contrataciones con el Estado, recalcando tanto su importancia como su funcionalidad, las cuales se materializan en la medida de presentarse como los cimientos por los cuales se rigen los procedimientos de contratación con el Estado.

Para efectos de resolver la materia en cuestión, el Tribunal considera apropiado someter el artículo referente a los impedimentos tanto al test de proporcionalidad como al test de idoneidad. De igual manera refiere que es la Ley N.º 30225 la que señala otros mecanismos que cumplan con la misma finalidad, un ejemplo de ello sería el artículo 52, que considera lo siguiente:

Queda claro, entonces, que, a juicio de este Colegiado, las medidas bajo examen no superan el juicio de necesidad y, por consiguiente, no logran sortear el test de proporcionalidad, a consecuencia de lo cual las normas contenidas en el artículo 11.1, inciso “h” de la Ley 30225. (...) resulta desproporcionada y configura una amenaza de transgresión al derecho a la libre contratación, por lo que corresponde declarar su inaplicación al presente caso, con las siguientes excepciones: a) conforme se establece en el fundamento 22 supra, la prohibición de contratación con la propia entidad en la que labore dicha persona natural; y b) la excepción que se describe en los fundamentos 28 a 32 infra, relativa al cónyuge, conviviente y parientes cercanos del presidente de la República, las cuales sí se encuentran justificadas (f. 26)

En ese sentido, en el fundamento 34 de la Sentencia, se concluye que:

Tras advertirse que la aplicación del impedimento de los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de las personas naturales como los congresistas, para contratar con el Estado —siempre que, entre las excepciones, el contrato no sea con la misma entidad en la que labore dicha persona natural—, vulnera el derecho a la libertad de contratar, corresponde estimar la solicitud de reincorporación del actor al Registro Nacional de Proveedores

Seguido de esto, se remite a determinar si el derecho fundamental a la presunción de inocencia también ha sido vulnerado. Para ello, toma como guía los distintos tratados internacionales que obedecen la protección de los derechos fundamentales de la persona, en especial los que amparan el derecho de presunción de inocencia y que, en resumidas cuentas, consideran a este como el garante judicial que permite la defensa de la inocencia de la persona hasta determinarse lo contrario. Ahora bien, aterrizando este derecho en la jurisdicción peruana, específicamente en la sede administrativa, nos vislumbra con lo contenido en el artículo 246 inciso 9 de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en el cual se ampara el derecho de presunción de licitud. Asimismo, invita a hacer una interpretación extensiva de lo indicado; ya que si bien este artículo refiere al derecho administrativo sancionador, no es menos válido que haga referencia al derecho administrativo per se. En ese sentido, en su fundamento 39 expone lo siguiente:

(...) queda claro que es razonable hacer extensivo el derecho a la presunción de ino-

cia al ámbito administrativo, presumiéndose la licitud a los actos protagonizados por los postulantes para contratar con el Estado, quienes no pueden ser descalificados a priori o excluidos de los procesos de contratación del Estado por el solo vínculo de parentesco con altos funcionarios del Estado en un ámbito que abarca a todas las entidades públicas. (...) Siendo así, a juicio de este Colegiado, a través de la norma bajo análisis también se amenaza el derecho a la presunción de inocencia en el presente caso, en su faceta administrativa, es decir, respecto al derecho a la presunción de licitud de la conducta de los ciudadanos.

Así, se puede apreciar que el análisis del Tribunal tiene como norte una interpretación constitucional de la normativa, que no hace más que analizar las ya mencionadas teniendo en cuenta la finalidad con la que fueron creadas y, sobre todo, considerando a la persona como sujeto de derecho, es decir a quien se aplican estas normas, las que en ninguna circunstancia deberían menoscabar el núcleo central de los derechos fundamentales.

Aunque este análisis ahora realizado por el Tribunal Constitucional genera luces en el camino, existen autores como Martínez (2015), quien, ya desde el año 2015 emitía una opinión crítica sobre los impedimentos establecidos en la derogada normativa (que esencialmente son iguales a los vigentes) y mencionaba que, a este nivel, la lógica ya no está tan clara y alguien podría preguntarse si finalmente quedaría algún ciudadano del Perú en aptitud de ser proveedor del Estado (p. 311).²

2 Martínez, M. Proveedores, impedimentos y Tribunal de Contrataciones del Estado. Reflexiones sobre la posición del Tribunal de Contrataciones del Estado respecto de quien puede y quien no puede ser proveedor del Estado. *Derecho & Sociedad* núm. 45 (2015); 307-313.

Todo ello da paso a cuestionarnos si es que es el momento para que la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones con el Estado, pase a una revisión minuciosa y exhaustiva, en la que se determine —como ya hemos notado— que en definitiva contiene falencias que, en mu-

chas ocasiones, afectan la esfera de acción de los sujetos de derecho —postores y proveedores—, en la medida que dichos impedimentos resultan limitantes y restrictivos, afectando así el ejercicio de sus derechos fundamentales, reconocidos por la Constitución.

FUNDAMENTOS PARA OTORGAR AUTONOMÍA CONSTITUCIONAL AL INDECOPI

Pierino Stucchi López Raygada*

INTRODUCCIÓN

En el presente artículo abordaremos diversos aspectos que revelan la relevancia constitucional del mandato funcional del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi), que además es la entidad administrativa investida como la autoridad nacional de protección del consumidor en el país. Presentaremos, asimismo, los fundamentos para otorgar autonomía constitucional al Indecopi.

Para este propósito, nos referiremos en detalle al conjunto de funciones que han sido confiadas al Indecopi para defender al ciudadano en su dimensión de consumidor, asegurar el adecuado funcionamiento del proceso competitivo y proteger los activos intelectuales que generan valor. Estas funciones y su ejercicio institucional, en nuestra consideración, se proyectan como un sistema de significativa relevancia constitucional, lo cual sustenta la necesidad y conveniencia de instaurar a este instituto como un ente constitucionalmente autónomo.

* Director de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad ESAN. Socio principal del Estudio Muñiz. El autor señala que toda opinión vertida en el presente artículo de naturaleza académica le es atribuible únicamente a título personal. Agradece a la Dra. Maryliz Rojas Barandiaran por su valioso apoyo.

1. EL INDECOPI CUMPLE MANDATOS CONSTITUCIONALES

1.1. Como autoridad nacional de protección del consumidor

La Constitución Política del Perú en el Título III sobre el Régimen Económico, Capítulo I sobre Principios Generales, establece el siguiente mandato para el Estado:

«Artículo 65.- Protección al consumidor

El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población».

El cumplimiento de este mandato constitucional se encuentra atribuido, de modo general, al Indecopi por imperio de su vigente Ley de Organización y Funciones (Decreto Legislativo 1033) y por lo dispuesto en el Código de Protección y Defensa del Consumidor (Ley 29571). Debe considerarse que este Código expresamente señala que, mediante normas con rango de ley, es posible atribuir mandatos específicos a otros organismos públicos para la defensa de consumidores y usuarios en determinados sectores¹, como es el caso de las atribuciones conferidas para la defensa de los derechos del usuario al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin), al Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel) y a la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS), entre otros.

Bajo este marco constitucional, el Código de Protección y Defensa del Consumidor reconoce al Indecopi como la autoridad nacional de protección del consumidor² y le encomienda la ejecución de la política y del plan nacional en este ámbito, así como la formulación y ejecución de las acciones necesarias para fortalecer dicha protección y los mecanismos de defensa de los consumidores³. Asimismo, establece como función del Indecopi la implementación de los mecanismos de prevención y solución de conflictos en las relaciones de consumo y del sistema de información y orientación a los consumidores con alcance nacional. En consideración a su calidad de ente rector del Sistema Nacional Integrado de Protección del Consumidor, este Código le confía al Indecopi presidirlo, coordinando su funcionamiento y emitiendo directivas para la operatividad del mismo⁴.

Con el propósito de concretar la defensa de los derechos del consumidor, mediante la actividad funcional de sus sedes a nivel nacional (órganos resolutivos de procedimientos sumarisimos y comisiones con competencia en protección al consumidor en Lima y en diferentes regiones del país), el Indecopi cumple con atender reclamos de los ciudadanos y resolver las controversias entre estos y las empresas proveedoras de bienes y servicios.

En efecto, los órganos de este Instituto administran procesos conciliatorios, tramitan procedimientos administrativos y aplican normas jurídicas dirigidas a asegurar la observancia de los derechos de los consumidores⁵.

1 Cfr: Artículo 105º del Código de Protección y Defensa del Consumidor - Ley 29571.

2 Cfr: Artículo 135º del Código de Protección y Defensa del Consumidor - Ley 29571.

3 Cfr: Artículo 136º del Código de Protección y Defensa del Consumidor - Ley 29571.

4 Cfr: Artículo 136º del Código de Protección y Defensa del Consumidor - Ley 29571.

5 El Código de Protección y Defensa del Consumidor reconoce como derechos del ciudadano:

«Artículo 1º.- Derechos de los consumidores

1.1 En los términos establecidos por el presente Código,

los consumidores tienen los siguientes derechos:

- a. Derecho a una protección eficaz respecto de los productos y servicios que, en condiciones normales o previsibles, representen riesgo o peligro para la vida, salud e integridad física.
- b. Derecho a acceder a información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, relevante para tomar una decisión o realizar una elección de consumo que se ajuste a sus intereses, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios.
- c. Derecho a la protección de sus intereses económicos y en particular contra las cláusulas abusivas, métodos comerciales coercitivos, cualquier otra práctica análoga e información interesadamente equívoca sobre los productos o servicios.
- d. Derecho a un trato justo y equitativo en toda transacción comercial y a no ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.
- e. Derecho a la reparación o reposición del producto, a una nueva ejecución del servicio, o en los casos previstos en el presente Código, a la devolución de la cantidad pagada, según las circunstancias.
- f. Derecho a elegir libremente entre productos y servicios idóneos y de calidad, conforme a la normativa pertinente, que se ofrezcan en el mercado y a ser informado por el proveedor sobre los que cuenta.
- g. A la protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, celeres o ágiles, con formalidades mínimas, gratuitos o no costosos, según sea el caso, para la atención de sus reclamos o denuncias ante las autoridades competentes.
- h. Derecho a ser escuchados de manera individual o colectiva a fin de defender sus intereses por intermedio de entidades públicas o privadas de defensa del consumidor, empleando los medios que el ordenamiento jurídico permita.
- i. Derecho a la reparación y a la indemnización por daños y perjuicios conforme a las disposiciones del presente Código y a la normativa civil sobre la materia.
- j. Derecho a asociarse con el fin de proteger sus derechos e intereses de manera colectiva en el marco de las relaciones de consumo.
- k. Derecho al pago anticipado o prepago de los saldos en toda operación de crédito, en forma total o parcial, con la consiguiente reducción de los intereses compensatorios generados al día de pago y liquidación de comisiones y gastos derivados de las cláusulas contractuales pactadas entre las partes, sin que les sean aplicables penalidades de algún tipo o cobros de naturaleza o efecto similar.

1.2 La enumeración de los derechos establecidos no excluye los demás que este Código garantiza ni los re-

Esta función del Indecopi, en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, para garantizar la concreción de sus legítimos derechos, resulta fundamental para asegurar que los ciudadanos logren efectivamente la satisfacción de sus necesidades mediante sus elecciones libres, accediendo a la oferta disponible en el mercado, bajo la forma de actos de consumo, en procura de su bienestar individual y familiar.

Así, la protección de los derechos del consumidor por parte del Indecopi resulta un elemento determinante que afianza la ciudadanía económica y legitima la economía social de mercado como sistema económico. El rol del Estado a cargo del Indecopi, en esta protección, constituye un eje fundamental en el modelo económico adoptado por el Perú. La adecuada y eficaz protección del consumidor, en el marco de la ley, genera los incentivos necesarios para que los proveedores de bienes y servicios opten por desarrollar sus actividades productivas y comerciales bajo estándares de eficiencia y calidad, con el fin de lograr la preferencia del consumidor, quien, entre los bienes y servicios que se le ofrecen, elige aquellos que le presentan la mejor combinación de precio y calidad. Ello contribuye no solo al bienestar ciudadano, sino también a la mejora de la competitividad de los agentes económicos frente a los retos que representa la apertura comercial que el Perú ha emprendido con éxito hace varios años.

El Código de Protección y Defensa del Consumidor, antes referido, es el instrumento que desarrolla de manera integral el precepto normativo contenido en el artículo 65° de la Constitución Política. Este Código presenta especial énfasis en aspectos relativos a la salud y seguridad de los consumidores, la protección

conocidos en leyes especiales. [...]».

de sus intereses sociales y económicos, y la definición de las políticas públicas orientadas a la protección de sus derechos.

En suma, es preciso anotar que el artículo 65° de la Constitución Política del Perú si bien asigna genéricamente al Estado la función de defender el interés de consumidores y usuarios, guarda silencio respecto de la identificación del ente estatal encargado de orientar y articular esta tarea fundamental. En el ordenamiento jurídico peruano, ante tal silencio, ha correspondido a la legislación ordinaria tal determinación.

1.2 Como autoridad garante del orden del mercado

Asimismo, en la Constitución Política del Perú, en el Título III sobre el Régimen Económico, se determina que la economía social de mercado rige el sistema económico peruano⁶.

Esta sección, establece, como consecuencia, un conjunto de derechos fundamentales para las personas (derecho a la libre iniciativa privada, derecho a la libertad de trabajo y derecho a la libertad de empresa, entre otros), que se extienden en su mayoría a las personas jurídicas; y, un conjunto de correspondientes mandatos para el Estado para la defensa de la competencia:

6 Respecto de las características principales de una economía social de mercado, la doctrina reconoce que: «[s]e basa en dos principios de liberalismo económico: el individualismo que postula la libertad del hombre y comprende el derecho de disponer libremente de su propiedad, y el principio de que la competencia es un instrumento rector. [...] el mercado está organizado de manera consciente bajo un sistema de reglas o instituciones, con un objetivo determinado sin desconocer que la libertad es la que rige las decisiones económicas». Cita textual tomada de KRESALJA, Baldo y OCHOA, César *Derecho constitucional económico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, p. 352.

«Artículo 58.- Economía Social de Mercado
La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. [...]».

«Artículo 59.- Rol Económico del Estado
El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. [...]».

«Artículo 60.- Pluralismo Económico
[...]

Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional».

«Artículo 61.- Libre competencia

El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopolísticas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. [...]».

«Artículo 63.- Inversión nacional y extranjera

La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. [...]».

El correcto funcionamiento de nuestra economía social de mercado y el aseguramiento de los derechos que se ejercen en el marco de este sistema económico, en cumplimiento de relevantes mandatos constitucionales, se encuentra atribuido al Indecopi, en mérito de su vigente Ley de Organización y Funciones (Decreto Legislativo 1033); y, de lo dispuesto por diferentes normas con rango de ley que atribuyen competencias administrativas a sus órganos especializados en esta materia, que son diferentes Comisiones (en primera instancia administrativa) y las Salas de Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de

la Propiedad Intelectual (en segunda instancia administrativa).

En este marco constitucional, las competencias administrativas que detentan los órganos especializados (llamados también resolutivos) del Indecopi⁷ configuran un sistema funcional cuya finalidad, en el marco de una economía social de mercado, es procurar la máxima competencia posible⁸ o una competencia efectiva, funcional o practicable (*workable competition*)⁹, en beneficio del interés general. Las competencias administrativas asignadas al Indecopi para este propósito, esencialmente, son las siguientes:

a. **Defensa de la libre iniciativa privada y la libertad de empresa:** Este mandato se cumple mediante el control posterior y la

eliminación de las barreras burocráticas ilegales e irracionales que, impuestas por la administración pública, afectan los derechos reconocidos por los artículos 58° y 59° de la Constitución Política del Perú y, consecuentemente, la actividad empresarial. Esta labor está a cargo de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, cuyas funciones se encuentran desconcentradas, en alguna medida, en órganos resolutivos del Indecopi con funciones en las distintas regiones del país¹⁰.

b. **Defensa de la libre y leal competencia:** Este mandato se cumple mediante la corrección y sanción de conductas anticompetitivas y desleales con el fin de procurar que exista competencia por eficiencia en los mercados, en cumplimiento de lo dispuesto por los artículos 60° y 61° de la Constitución Política del Perú. Esta labor se encuentra a cargo de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia y de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal¹¹, cada una en el ámbito de sus funciones, teniendo, esta última funciones desconcentradas, en alguna medida, en órganos resolutivos del Indecopi con funciones en las distintas regiones del país¹².

7 Acerca de las diversas competencias del Indecopi, se ha considerado que «es una institución *sui generis*, pues reúne bajo sus competencias aspectos muy diversos aunque siempre unidos por el común denominador de tutelar el libre mercado. Así puede actuar para evitar prácticas monopólicas o restrictivas de la libre competencia, garantizar al consumidor información adecuada en tutela de sus derechos, evitar los actos de competencia desleal, reducir los costos de acceso y salida del mercado, evitar el desarrollo de prácticas desleales en el mercado internacional vía dumping o subsidios, y a la vez eliminar toda forma de barreras para-arancelarias. Además, se encarga de la protección de todas las formas de la propiedad intelectual, desde los signos distintivos hasta los derechos de autor, pasando por las patentes, la biotecnología, etc.». Cita textual tomada de Durand CARRIÓN, Julio Baltazar. *Tratado de derecho del consumidor*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad San Martín de Porres, 2007, p. 371.

8 Respecto de la importancia del funcionamiento del proceso competitivo, la doctrina sostiene que «[l]a competencia ha sido reconocida por la autoridad como un fundamento útil, porque ella parece proveer un ambiente propicio a la actividad económica». Cita textual tomada de NIHOUL, Paul. *Introducción al derecho de la competencia*. Bogotá: Editorial Cordillera, 2005. p. 107.

9 Cfr. VELAZCO SAN PEDRO, Luis Antonio. El derecho europeo de la competencia. En: *Derecho europeo de la competencia. Antitrust e intervenciones públicas*. Valladolid: Lex Nova, 2005. p. 42 y 43.

10 Cfr. artículo 2°, numeral 1, literal a, y artículo 23° de la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI – Decreto Legislativo 1033; artículo 57° del Decreto Supremo 004-2019-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley 27444; y, Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas - Decreto Legislativo 1256.

11 Cfr. Artículo 2, numeral 1, literal b, y artículos 24° y 25° de la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI – Decreto Legislativo 1033; y, los Decretos Legislativos 1034, 1044, que aprueban la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y la Ley de Represión de la Competencia Desleal, respectivamente.

12 La Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal posee funciones que se han desconcentrado en materia de supervisión publicitaria en diversas regiones del país. En relación con las normas que reprimen la competen-

En el ámbito de la defensa de la libre competencia, la Comisión correspondiente no solamente corrige y sanciona conductas anticompetitivas que pueden consistir en abusos de posición de dominio o conductas colusorias horizontales y verticales; sino que también desarrolla un control previo de fusiones y adquisiciones empresariales en aplicación de la Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial (Ley 31112), lo que puede implicar que: i) se autorice la operación de concentración empresarial; ii) no se autorice; o iii) se autorice la operación sujeta al cumplimiento de determinadas condiciones y obligaciones¹³.

Por su parte, en el ámbito de la represión de la competencia desleal, la Comisión correspondiente puede ordenar el cese de la actividad empresarial del Estado que no se encuentre autorizada por ley expresa o que no se realice subsidiariamente —en defecto de la existencia de suficiente y necesaria actividad empresarial privada— por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional¹⁴.

cia desleal, se reconoce que «el objetivo de las normas de competencia desleal es que los competidores compitan, mas no actuando de manera que limite la capacidad de los consumidores para tomar de la mejor manera sus decisiones. En un mercado, se busca que las empresas pugnen por ganar las preferencias de los consumidores, pero no, por ejemplo, sobre la base de información engañosa, falsa o impertinente». Cita textual tomada de EYZAGUIRRE, Hugo. Los fundamentos económicos del derecho de la competencia desleal. En: *El derecho de la competencia desleal*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2007. p. 73.

13 Cfr: Artículo 7° de la Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial – Ley 31112.

14 La Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del Indecopi tiene como uno de sus mandatos corregir y sancionar los actos de competencia desleal causados por la actividad del Estado contraria a lo determinado por el artículo

c. Defensa de la apertura al comercio exterior: Este mandato se cumple mediante la eliminación de barreras comerciales no arancelarias, de conformidad con los compromisos contraídos en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio, los acuerdos de libre comercio, las normas supranacionales y nacionales correspondientes, asegurando la libertad de comercio garantizada por los artículos 59° y 63° de la Constitución Política del Perú. Esta labor la realiza la Comisión de Fiscalización de Dumping, Subsidios y Eliminación de Barreras no Arancelarias¹⁵.

d. Corrección de las distorsiones en el mercado provocadas por el daño importante sobre la industria nacional derivado de prácticas de dumping y subsidios en mercancías importadas: Este mandato se cumple mediante la investigación de casos para determinar la aplicación de de-

culo 60° de la Constitución Política del Perú. Al respecto, el Decreto Legislativo 1044, señala:

«Artículo 14°.- Actos de violación de normas.-

14.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, valerse en el mercado de una ventaja significativa derivada de la concurrencia en el mercado mediante la infracción de normas imperativas. A fin de determinar la existencia de una ventaja significativa se evaluará la mejor posición competitiva obtenida mediante la infracción de normas.

[...]

14.3.- La actividad empresarial desarrollada por una entidad pública o empresa estatal con infracción al artículo 60° de la Constitución Política del Perú configura un acto de violación de normas que será determinado por las autoridades que aplican la presente Ley. En este caso, no se requerirá acreditar la adquisición de una ventaja significativa por quien desarrolle dicha actividad empresarial».

15 Cfr: Artículo 2°, numeral 1, literal e), y artículo 26° de la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI – Decreto Legislativo 1033, modificado por el artículo 8° del Decreto Legislativo 1212 - Decreto Legislativo que refuerza las facultades sobre eliminación de barreras burocráticas para el fomento de la competitividad.

rechos *antidumping* y medidas compensatorias, en observancia de lo dispuesto por las disciplinas de la Organización Mundial del Comercio, los acuerdos de libre comercio y las normas supranacionales y nacionales vigentes sobre la materia. En el cumplimiento de este mandato se procura equilibrio entre el ejercicio de la libertad de producción e industria, y la libertad de comercio garantizada por los artículos 59° y 63° de la Constitución Política del Perú, desde la aplicación de medidas de defensa comercial. Esta labor se encuentra también a cargo de la Comisión de Fiscalización de Dumping, Subsidios y Eliminación de Barreras no Arancelarias¹⁶. En el caso de la determinación de salvaguardias al comercio, esta Comisión desarrolla la investigación correspondiente pero no toma la decisión. Esta se encuentra a cargo de una Comisión Multisectorial, conformada por el Ministro de Comercio Exterior y Turismo, el Ministro de Economía y Finanzas y el Ministro del sector afectado.

- e. **Fortalecimiento del sistema de crédito:** Este mandato se cumple mediante la conducción de un sistema concursal que reduce costos de transacción y promueve la asignación eficiente de los recursos, con el propósito de permitir que se logre el máximo valor posible del patrimonio de un deudor, asegurando un escenario idóneo para determinar su reestructuración o su salida ordenada del mercado, en el marco del régimen económico establecido por la

Constitución. Esta función se encuentra a cargo de la Comisión de Procedimientos Concursales, cuyas funciones se encuentran desconcentradas en órganos resolutivos de diversas regiones del país donde el Indecopi tiene sede¹⁷.

1.3 Como protector de la propiedad intelectual

Las funciones del Indecopi incluyen también el estímulo y la defensa de la libertad de creación intelectual, mediante la protección de la propiedad sobre dichas creaciones y sus productos, en cumplimiento de lo establecido en la Constitución Política del Perú:

«Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho: [...] 8. A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. [...].».

El ejercicio de esta libertad de creación reconocida constitucionalmente se materializa, incluso desde la actividad empresarial en el marco de una economía social de mercado, en: i) la creación y utilización de signos distintivos como instrumentos de diferenciación de ofertas, capaces de comunicar y afianzar el valor de los bienes y servicios que satisfacen las necesidades de los demandantes de bienes o servicios¹⁸; ii) la creación que genera innovación y

16 Cfr: Artículo 2°, numeral 1, literal c, y artículo 26° de la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI – Decreto Legislativo 1033, modificado por el artículo 8° del Decreto Legislativo 1212 - Decreto Legislativo que refuerza las facultades sobre eliminación de barreras burocráticas para el fomento de la competitividad.

17 Cfr: Artículo 2°, numeral 1, literal f, y artículo 29° de la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI – Decreto Legislativo 1033; y, la Ley General del Sistema Concursal – Ley 27809.

18 «Los signos marcarios juegan un papel significativo en la conformación de los mercados competitivos. La competencia entre empresas tiene lugar a través de distintos elementos, tales como precio, calidad, servicio, condiciones de financiación, etc. Para que esta competencia tenga lugar, será necesario que los consumidores identifiquen cuáles son las condiciones ofrecidas por cada de las empresas que operan en determinado mercado. A tal efecto, las

soluciones a problemas técnicos concretos, que puede ser retribuida mediante la concesión de patentes que aseguran el derecho de exclusiva sobre una invención u otras formas de creación intelectual¹⁹; y, iii) la originalidad plasmada en la expresión de una idea, que pueda ser reconocida y retribuida mediante la protección de una obra, mediante el derecho de autor.

En este marco de aseguramiento de la libertad de creación, en cumplimiento de importantes mandatos constitucionales, se confía al Indecopi un sistema integral de protección de la propiedad intelectual, que se expresa en diferentes competencias administrativas detentadas por sus órganos especializados (llamados también resolutivos) en los siguientes ámbitos específicos:

a. Protección de los derechos sobre signos distintivos: Este mandato se cumple mediante el otorgamiento y protección de los derechos de exclusiva sobre marcas, nombres comerciales y lemas comerciales, entre otros signos que permiten la función

marcas cumplen un papel de gran importancia, pues permiten determinar, según se ha expuesto en los apartados precedentes, las condiciones de calidad, entre otras, de los bienes ofrecidos. Puesto en otros términos, la operación de mercados competitivos requiere que quienes en ellos participan cuenten con información sobre las condiciones en que se desenvuelven tales mercados, y las marcas son medios para transmitir tal información». Cita textual tomada de BERTONE, Luis Eduardo y CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. *Derecho de marcas*. 2ª ed. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Heliasta. 2003. p. 65.

19 «Las patentes constituyen, efectivamente, un derecho exclusivo sobre la invención patentada, con el contenido que en cada caso determinan los sistemas jurídicos aplicables. Ese carácter exclusivo de los derechos del titular de la patente se manifiesta en las relaciones que los terceros no autorizados deben guardar con el objeto de la patente; tales terceros tienen una obligación genérica de abstenerse de explotar la invención patentada». Cita textual tomada de CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. *Derecho de las patentes de invención*. 2ª ed. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Heliasta. 2004, p. 564.

identificadora de productos y servicios en el mercado, en beneficio de las empresas y los consumidores. Esta función es ejercida a través de la Dirección de Signos Distintivos.

b. Protección de los derechos sobre invenciones: Este mandato se cumple mediante el otorgamiento y protección de las patentes de invención y de modelos de utilidad, así como mediante el registro de diseños industriales, entre otras titularidades que permiten estimular la innovación tecnológica y el desarrollo del estado de la técnica en nuestro país, en beneficio de las empresas y los consumidores. Dicha función es ejercida por la Dirección de Invenciones y Nuevas Tecnologías.

c. Protección de los derechos sobre obras y derechos conexos: Este mandato se cumple mediante la protección de los derechos de autor y conexos, incentivando la creación original plasmada en diversos instrumentos artísticos como son las obras literarias, musicales o plásticas, así como aquellas creaciones con contenido tecnológico, como son los programas de ordenador, aplicaciones móviles o derivados, en beneficio de los consumidores, las empresas y de la sociedad en su conjunto. Dicha función es ejercida por la Dirección de Derecho de Autor.

2. SÍNTESIS SOBRE LA RELEVANCIA CONSTITUCIONAL DE LAS FUNCIONES DEL INDECOPI

El Indecopi cumple con dar concreción al mandato constitucional que establece la obligación del Estado de defender los derechos de los consumidores, en el marco de una econo-

mía social de mercado, conforme a lo dispuesto por el artículo 65° de la Constitución Política del Perú. A este efecto, se encuentra a cargo de la aplicación general del Código de Protección y Defensa del Consumidor y de presidir el sistema nacional integrado de protección del consumidor, coordinando su funcionamiento y emitiendo directivas para su operatividad.

En ejercicio de esta función, el Indecopi garantiza los intereses y los derechos que corresponden al ciudadano en su dimensión de consumidor, asegurando que este ejerza su derecho de elección informada entre las ofertas de los proveedores disponibles en mercado con el fin de satisfacer sus necesidades. De este modo, contribuye con el fortalecimiento del ejercicio de la ciudadanía económica²⁰ y, en consecuencia, con mejorar los niveles de inclusión social en el país. Asimismo, contribuye con la legitimación de la economía social de mercado como sistema capaz de asignar del modo más eficiente los recursos escasos en una sociedad.

De modo concurrente, el Indecopi es la entidad pública encargada de garantizar el orden del mercado, aplicando el conjunto de normas jurídicas que aseguran el eficaz y adecuado funcionamiento del proceso competitivo. En cumplimiento de esta función, como se ha

explicado en detalle en numerales previos, el Indecopi da concreción a relevantes disposiciones constitucionales contenidas en los artículos 58°, 59°, 60°, 61° y 63° de la Constitución Política peruana, que constituyen parte del Título III relativo al régimen económico.

Lo anterior implica que el Indecopi, mediante el cumplimiento de sus funciones, hace efectivo el mandato constitucional de defender los derechos y las libertades de contenido económico que corresponden a ciudadanos y empresas, y de imponer límites a la actuación del Estado cuyo efecto repercute en el mercado, tanto en su dimensión pública (*imperium*) cuando gobiernos locales o entidades públicas de diferente nivel imponen barreras burocráticas ilegales, como en su actuación empresarial en caso no se ajuste a lo determinado en el artículo 60° de la Constitución Política del Perú.

Asimismo, como se ha referido previamente, el mandato legal del Indecopi incluye también el ámbito del estímulo de la libertad de creación intelectual, dando concreción al artículo 2° de la Constitución Política del Perú, mediante la administración de un sistema integral de otorgamiento y protección de los derechos de propiedad intelectual en todas sus manifestaciones.

En consecuencia, las actividades del Indecopi, como ente público, resultan de relevancia constitucional, considerando que las funciones que le han sido conferidas por ley cumplen con dar concreción a un número significativo de mandatos constitucionales de la máxima importancia para el ciudadano y las empresas que concurren en una economía social de mercado. Este conjunto de funciones, que han sido confiadas al Indecopi para defender al ciudadano en su dimensión de consumidor, asegurar el adecuado funcionamiento del proceso

20 El ejercicio de la ciudadanía económica, desde los actos de consumo, se produce con plenitud, en el marco de una economía social de mercado, cuando el escenario institucional garantiza: i) *Libertad*, cuyo vehículo es la *elección*, que permite a cada individuo determinar el camino hacia su bienestar; e, ii) *igualdad*, cuya expresión es un mismo conjunto de *derechos y deberes* para cada individuo en las mismas condiciones. Sobre el aseguramiento de estas dos condiciones, a cargo del Estado, se construye no solamente el ejercicio de la ciudadanía económica, sino su propia legitimidad. Cita textual tomada de STUCCHI, Pierino. «La ciudadanía económica en el Perú». En: SUMAR, Oscar (editor). *Ensayos sobre protección al consumidor en el Perú*. Lima: Universidad del Pacífico, 2011, p. 57.

competitivo y proteger los frutos de la creación intelectual que genera valor, se proyectan articuladas por una misma entidad como un sistema de significativa relevancia constitucional. Ello, atendiendo no solo al contenido y valor de las propias normas constitucionales que se han indicado, sino también a que el desarrollo social —que genera el crecimiento económico del país y su apertura comercial— se construye sobre la base de instituciones sólidas en materia de defensa del consumidor, en materia de aseguramiento del proceso competitivo y en un marco de protección de la creatividad que genera valor, innovación y cultura²¹.

3.1. Actuales entes con autonomía constitucional en el ámbito económico

La Constitución Política del Perú, en el Título III sobre el Régimen Económico, determina el marco constitucional del sistema económico, así como los componentes que resultan de particular importancia para su dinámica, incluido el fundamento social, tal como son las materias relativas al ambiente y los recursos naturales, a la propiedad, al régimen tributario y presupuestal, a la moneda, la banca y al régimen agrario, así como las referidas a las comunidades campesinas y nativas.

En este marco constitucional, cuando se regulan materias que forman parte de un sistema de significativa relevancia constitucional, cuya

administración y rectoría requiere un alto grado de autonomía y especialización en el Estado, se establece un ente público y se le atribuyen expresamente mandatos para la concreción y/o la supervisión de un conjunto de derechos, obligaciones y límites sobre la actividad pública y privada en dicho sistema. En estos casos, la Constitución Política del Perú determina expresamente la existencia de un organismo o ente autónomo encargado de funciones de especial relevancia constitucional.

Como muestra de ello, en la Constitución Política del Perú, en el Capítulo V sobre la Moneda y la Banca, del referido Título III, se instaura al Banco Central de Reserva del Perú como un organismo autónomo, cuyo propósito es garantizar el correcto funcionamiento del sistema monetario, en consideración a que este es un componente fundamental y de relevancia significativa para nuestra economía social de mercado y para el bienestar de la ciudadanía:

«Artículo 83.- El Sistema Monetario

La ley determina el sistema monetario de la República. La emisión de billetes y monedas es facultad exclusiva del Estado. La ejerce por intermedio del Banco Central de Reserva del Perú.

Artículo 84.- Banco Central de Reserva del Perú

El Banco Central es persona jurídica de derecho público. Tiene autonomía dentro del marco de su Ley Orgánica. La finalidad del Banco Central es preservar la estabilidad monetaria. Sus funciones son: regular la moneda y el crédito del sistema financiero, administrar las reservas internacionales a su cargo, y las demás funciones que señala su ley orgánica. [...].»

Asimismo, la Constitución Política del Perú, en este mismo capítulo, instaura a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administra-

21 El Tribunal Constitucional ha señalado que «el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual es un órgano administrativo especializado perteneciente al Indecopi, cuya función preferente se orienta a resolver en última instancia administrativa las controversias vinculadas a la defensa de la competencia, los derechos de los consumidores y la propiedad intelectual, [...] materias que tienen inexcusable base constitucional». Cita textual de la Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el expediente N.º 3315-2004-AA.

doras Privadas de Fondos de Pensiones como organismo autónomo, especificando, además, el alcance de su actividad pública de control sobre las empresas del sector, atendiendo a la relevancia significativa que tiene fomentar y garantizar el ahorro, tanto para los ciudadanos como para las empresas, en una economía social de mercado:

«Artículo 87.- Superintendencia de Banca y Seguros

El Estado fomenta y garantiza el ahorro. La ley establece las obligaciones y los límites de las empresas que reciben ahorros del público, así como el modo y los alcances de dicha garantía.

La Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones ejerce el control de las empresas bancarias, de seguros, de administración de fondos de pensiones, de las demás que reciben depósitos del público y de aquellas otras que, por realizar operaciones conexas o similares, determine la ley.

La ley establece la organización y la autonomía funcional de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones. [...]».

Así también, con el propósito de asegurar la legalidad en la ejecución del presupuesto del Estado, en el endeudamiento público y en las instituciones públicas sujetas a control, en el mismo Título III sobre el Régimen Económico de la Constitución Política del Perú, se instauró a una entidad autónoma para este fin:

«Artículo 82.- La Contraloría General de la República

La Contraloría General de la República es una entidad descentralizada de Derecho Público que goza de autonomía conforme a su ley orgánica. Es el órgano superior del Sistema Nacional de Control. Supervisa la

legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control. [...]».

En este último caso, la determinación de la Contraloría General de la República como una entidad autónoma, por mandato de la Constitución, resulta necesaria dado que la relevancia constitucional de su actividad radica en asegurar el debido y eficaz destino de los fondos públicos para el cumplimiento de los fines del Estado, en beneficio de la sociedad.

3.2. La necesidad y la conveniencia de instaurar al Indecopi como ente autónomo en el régimen económico de la Constitución

Constatado lo anterior y que —conforme se ha evidenciado— la actividad del Indecopi y la supervisión que le corresponde en el ejercicio de sus funciones posee una significativa relevancia constitucional, se evidencia la necesidad y la conveniencia de atribuirle autonomía a nivel constitucional, completando el marco institucional de aseguramiento del régimen económico nacional.

En este sentido, tal como resulta claro que el Banco Central de Reserva del Perú posee autonomía atendiendo a su misión de garantizar el correcto funcionamiento del sistema monetario, en consideración a que este es un componente fundamental y de relevancia significativa para la economía social de mercado; del mismo modo, el Indecopi requiere similar nivel de reconocimiento constitucional pues, tiene, entre otros, la misión de garantizar el correcto funcionamiento del sistema competitivo, lo que también resulta otro componente fundamental y de la mayor relevancia para la efectiva materialización de una economía social de mercado.

Incluso, el caso del Indecopi destaca en cuanto a la relevancia constitucional de sus funciones, pues, a diferencia de otros organismos públicos previamente señalados, no solo realiza actividades dirigidas a la concreción de diversos mandatos constitucionales a cargo del Estado y supervisa un conjunto de obligaciones sobre la actividad pública o privada atribuyendo además derechos de propiedad intelectual a los particulares; sino que, adicionalmente, como una misión fundamental, defiende intereses y derechos de los ciudadanos (incluso solucionando controversias), en su condición de consumidores, sin lo cual resulta inviable, jurídica y económicamente, el ejercicio real de derechos por parte de los ciudadanos en una economía social de mercado.

Desde esta perspectiva, en comparación con otros entes que cuentan con el reconocimiento constitucional de su autonomía, en el marco del Título III sobre el Régimen Económico de la Constitución Política del Perú, y atendiendo a la significativa relevancia constitucional de las funciones del Indecopi, en el marco de una economía social de mercado, se pueden evidenciar incluso mayores fundamentos para considerar la necesidad de tal reconocimiento. Ello, toda vez que este instituto ejerce las funciones de autoridad nacional de protección del consumidor, además de garantizar el adecuado funcionamiento del proceso competitivo en el mercado y proteger los derechos de propiedad intelectual en todas sus manifestaciones.

Debe considerarse que, cuando se concluyó la redacción del texto de la vigente Constitución Política del Perú, en el mes de octubre de 1993, el Indecopi tenía poco más de un año en ejercicio de sus funciones, dado que su creación se produjo mediante Decreto Ley 25868, Ley de Organización y Funciones, publica-

do con fecha 24 de noviembre de 1992 en el Diario Oficial *El Peruano*. En dicho contexto, resultaba razonable que la Carta Magna haya guardado silencio respecto de la identificación del organismo estatal encargado de la tarea fundamental de la concreción de los mandatos contenidos en su Título III relativo al Régimen Económico, en su Capítulo I sobre Principios Generales. Debe considerarse que, en ese momento histórico, el Perú se encontraba iniciando el proceso de una reforma estructural, dentro de la cual el Indecopi recién había sido creado y, probablemente, resultaba prematuro determinarle un encargo constitucional y reconocerle una autonomía de este nivel.

Sin embargo, al cabo de casi treinta años de existencia, el Indecopi ha consolidado una experiencia institucional y funcional en la esforzada labor de defender los derechos e intereses de los consumidores, garantizar el adecuado funcionamiento del proceso competitivo en el mercado y proteger los derechos de propiedad intelectual en todas sus manifestaciones. Desde esta consideración, el Indecopi, en el contexto actual, es una institución con trayectoria técnica y que desarrolla un permanente proceso de desconcentración a nivel nacional²².

Debe considerarse, asimismo, que la función institucional del Indecopi no se agota en una clásica función administrativa de supervisión y de punición, sino que cumple, en los diver-

22 Es de destacar la desconcentración de las funciones del Indecopi en sus oficinas regionales en los departamentos de Amazonas, Arequipa, Ancash, Apurímac, Ayacucho, Cajamarca, Cusco, Huancavelica, Huánuco, Junín, Ica, La Libertad, Lambayeque, Loreto, Madre de Dios, Moquegua, Pasco, Piura, Puno, San Martín, Tacna, Tumbes y Ucayali, así como en el VRAEM. En estas sedes se han desconcentrado funciones administrativas en materia de protección al consumidor, defensa de la competencia, eliminación de barreras burocráticas y registros de signos distintivos.

sos ámbitos de su competencia administrativa, una función de resolución de controversias desde la eliminación y corrección de conductas que afectan el normal desarrollo de una economía social de mercado, en las que participan ciudadanos, empresas y entidades públicas. En el desarrollo de esta función resolutoria, el Indecopi cuenta con una segunda instancia administrativa: el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, que es uno de sus distintivos institucionales.

En términos generales, una *economía de mercado* reposa sobre algunos principios elementales, tales como la libertad de iniciativa privada y la libre competencia²³; mientras que la inclusión del término *social* dentro de este modelo económico explica el reconocimiento de que el mercado por sí solo no es capaz de garantizar que los procesos competitivos se desarrollen libres de distorsiones y sin afectar indebidamente al consumidor, siendo necesaria la supervisión del Estado sobre los agentes del mercado que participan en la competencia. Ello con el fin de que estos desarrollen una contienda por eficiencia; y, con el fin de cautelar especialmente los derechos de los consumidores, considerando que eligen bienes y servicios en el mercado para satisfacer sus necesidades personales y familiares.

En este contexto, reconociendo la experiencia y trayectoria del Indecopi en el desarrollo y fortalecimiento de la institucionalidad en el sistema económico determinado por la Constitución Política del Perú, resulta necesario y conveniente dotar a este instituto de auto-

mía constitucional a fin de que cuente con los recursos necesarios para cumplir sus funciones y remunerar adecuadamente a los funcionarios altamente calificados que requiere contratar y mantener; y de modo que se aumente la confiabilidad de su actuación, que debe ser técnica y encontrarse alejada de cualquier presión política o mediática, lo cual en los últimos años no ha ocurrido, en nuestra opinión.

Así, corresponde subsanar el silencio en que incurre la Carta Magna en su Título III, relativo al Régimen Económico, y reconocer al Indecopi, en mérito a sus mandatos de concreción constitucional, como el organismo autónomo que ejerce las funciones de Autoridad Nacional de Protección del Consumidor, garantiza el adecuado funcionamiento del proceso competitivo en el mercado y protege los derechos de propiedad intelectual en todas sus manifestaciones.

4. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE EL OTORGAMIENTO DE LA AUTONOMÍA CONSTITUCIONAL AL INDECOPI

Como hemos sostenido previamente²⁴, el reconocimiento de autonomía constitucional a favor del Indecopi implica una reforma al texto vigente de la Constitución Política del Perú. por ello se propone incorporar el artículo 65°-A, redactado de la siguiente forma:

Artículo 65 A.-

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual es un organismo autónomo cuyo mandato consiste en ejercer las funciones de autoridad nacional de protección del con-

23 En palabras de Mankiw «como las empresas monopolísticas no tienen el freno de la competencia, el resultado de un mercado que tiene un monopolio no suele ser el que más conviene a la sociedad». MANKIWI, Gregory. *Principios de economía*. Madrid: Mc Graw Hill, 1998, p. 286.

24 *Cf.*: STUCCHI, Pierino. Apuntes sobre la relevancia constitucional del mandato funcional del INDECOPI y consideraciones a favor de su autonomía constitucional. *Advocatos* n.º 24. Lima, 2011. Esta entrega citada es antecedente de la presente entrega.

sumidor, garantizar el adecuado funcionamiento del proceso competitivo en el mercado y proteger los derechos de propiedad intelectual en todas sus manifestaciones. En ejercicio de este mandato, los órganos resolutores de este Instituto podrán resolver controversias y conflictos contractuales en el ámbito de su competencia y ordenar las medidas sancionadoras, complementarias y correctivas correspondientes, conforme a lo determinado por ley. [...].

Al momento de procederse con esta reforma constitucional, cuando menos, se debe considerar:

- i. **La generación inmediata de una ley orgánica:** de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1° de la Ley de Organización y Funciones del Indecopi – Decreto Legislativo 1033, este Instituto constituye un organismo público especializado. Sin embargo, al lograr que el Indecopi sea reconocido como un organismo constitucionalmente autónomo, conforme a lo previsto en el artículo 106° de la Constitución Política del Perú, se debe regular su estructura y funcionamiento mediante ley orgánica.

En ese sentido, la transición de organismo público especializado a organismo constitucionalmente autónomo supone la necesidad de que el Indecopi cuente, de forma inmediata, al momento de la aprobación de la reforma constitucional, con una ley orgánica que otorgue soporte legal a sus funciones y actividades, que poseen relevancia constitucional significativa, en resguardo de los derechos de los consumidores, del régimen de competencia y de los derechos de propiedad intelectual. La transición descrita no debe, en ningún

caso, conllevar el riesgo de que los agentes del mercado (que son supervisados por los órganos resolutores del Indecopi) puedan cuestionar su actuación institucional, bajo la premisa que este Instituto, una vez instaurado como organismo constitucionalmente autónomo, carece de respaldo legislativo con el nivel requerido por el artículo 106° de la Constitución Política del Perú.

En consecuencia, resultaría indispensable que en la ley de reforma constitucional correspondiente se apruebe una disposición complementaria que otorgue la calidad de ley orgánica a la actual Ley de Organización y Funciones del Indecopi, Decreto Legislativo 1033, de manera que la transición de organismo público especializado a organismo constitucionalmente autónomo se efectúe de forma inmediata y con la debida cobertura legal. Este otorgamiento de la calidad de ley orgánica a la Ley de Organización y Funciones del Indecopi debiera, expresamente, mantenerla vigente en todo lo que no se oponga a la autonomía constitucional que se reconozca a este Instituto, con cargo a que se emita una nueva y mejorada ley con la calidad de orgánica.

Asimismo, también mediante una disposición complementaria, en la ley de reforma constitucional correspondiente, se requeriría otorgar la calidad de ley orgánica a las demás disposiciones que, con rango legal, determinan la competencia, las funciones específicas y las atribuciones que corresponden al Instituto y a los órganos que forman parte de su estructura²⁵.

²⁵ Debe considerarse que la Constitución Política señala que toda reforma constitucional debe ser aprobada por el

ii. Los mecanismos de designación de sus altos funcionarios: resulta indispensable que al incorporarse el artículo 65°-A, en la Constitución Política del Perú, este incluya los mecanismos de designación de los miembros del Consejo Directivo del Indecopi por un periodo fijo y con renovación escalonada.

Asimismo, deben incluirse los requisitos mínimos y, los mecanismos para la designación de los miembros de las Comisiones y Salas de Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, los cuales, dada su función especializada y técnica, debieran ser necesariamente designados como consecuencia de un concurso público de méritos conforme a ley.

iii. El asunto pendiente de la solución de controversias contractuales: en materia

Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros y ratificada mediante referéndum. Sin embargo, conforme a lo señalado por la indicada disposición, el trámite de referéndum puede ser omitido cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número de congresistas. Así, en atención al debate técnico que requeriría una reforma constitucional como la señalada, en consideración de la relevancia de las funciones constitucionales que cumple el Indecopi y a la conveniencia de reconocerlo como un organismo constitucionalmente autónomo en el ámbito de sus competencias, resulta recomendable que un proyecto de ley de reforma constitucional, en este sentido, siga el trámite de aprobación en dos legislaturas ordinarias sucesivas. Al respecto, el trámite previsto para la aprobación de una ley de reforma constitucional, mediante su votación en el Congreso en dos legislaturas ordinarias sucesivas, supone un nivel de aprobación mayor que el requerido para la aprobación de una ley orgánica. En consecuencia, de cumplirse con el trámite para la primera, se habrá cumplido simultáneamente con el nivel de aprobación necesario para otorgar la calidad de ley orgánica a la actual Ley de Organización y Funciones del Indecopi, Decreto Legislativo 1033 y a las demás disposiciones que, con rango legal, determinan la competencia, las funciones específicas y las atribuciones que corresponden al instituto y a los órganos que forman parte de su estructura.

de solución de controversias o conflictos contractuales, la Constitución Política del Perú señala:

«Libertad de contratar

Artículo 62.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.
[...].».

Es claro que, en algunos casos, se producen soluciones de conflictos contractuales en el ámbito de la protección al consumidor, a cargo de los órganos resolutivos del Indecopi, cuando se resuelven controversias en el marco de un procedimiento administrativo sancionador. Así, por ejemplo, es el caso de la solución de un conflicto entre un consumidor y una empresa, que tiene por materia la discusión acerca de una (posible) falta de idoneidad de una prestación, en mérito de una garantía explícita derivada de un contrato de consumo. Como es de conocimiento, en caso el consumidor presentara una pretensión fundada, los órganos especializados del consumidor podrían resolver ordenar una medida correctiva en favor del consumidor, solucionando materialmente el evento de un incumplimiento contractual.

Sin embargo, el artículo 62 de la Constitución Política del Perú, antes citado, señala que la función de resolver conflictos contractuales corresponde solamente a las autoridades judiciales o a los árbitros en un proceso

judicial o arbitral, correspondientemente. Por ello, es de capital importancia lo previsto en el artículo 65A propuesto, en cuanto este señala que: «los órganos resolutivos del Instituto podrán resolver controversias y conflictos contractuales en el ámbito de su competencia», con el fin de superar esta evidente objeción constitucional.

- iv. **El asunto pendiente sobre la falta de imparcialidad en los procedimientos administrativos sancionadores:** como es de conocimiento, los artículos 248 y 254 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG) exigen que todos los procedimientos administrativos sancionadores observen una estricta separación funcional entre el órgano que acusa e instruye el procedimiento y el órgano que decide sobre tal acusación, con la finalidad de asegurar el principio de imparcialidad.

Esta exigencia legal es una concreción en sede administrativa del derecho fundamental a ser juzgado por una autoridad imparcial, derecho que forma parte del derecho fundamental al debido proceso, que se extiende a todo tipo de procesos, incluidos los procedimientos administrativos sancionadores. Al respecto, como se aprecia, el Tribunal Constitucional ha reconocido lo anterior en sólida jurisprudencia. Así, en la Sentencia del 25 de abril de 2018, recaída en el Expediente N.º 0020-2015/PI/TC, el máximo tribunal afirmó lo que es evidente:

«11. [El principio de imparcialidad] también presenta dos dimensiones:

a) imparcialidad subjetiva, referida a cualquier compromiso que pudiera tener el juez con las partes procesales o con el resultado

del proceso. Desde esta perspectiva, un juez imparcial garantiza que una persona no sea sometida a un proceso o procedimiento en el que el juez, o quien está llamado a decidir sobre la cuestión litigiosa, tenga algún tipo de compromiso con alguna de las partes o con el resultado del mismo; b) **imparcialidad objetiva, referida a la influencia negativa que puede tener en el juez la estructura del sistema, restándole imparcialidad, es decir, si el sistema no ofrece suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable** (fundamentos 16 y 17 de la sentencia emitida en el Expediente 00197-2010-PA/TC).

12. *Prima facie*, dichos principios son aplicables en sede jurisdiccional. Sin embargo, **este Tribunal Constitucional ha extendido su aplicación al derecho administrativo sancionador**. [...].

13. De ahí que, en el fundamento jurídico 53 de la sentencia emitida en el expediente 00156-2012PHC/TC, **este Tribunal Constitucional reconociera la existencia del derecho a ser juzgado por una autoridad independiente e imparcial en sede administrativa** [...].»

En el momento actual, en determinados procedimientos administrativos sancionadores, tramitados en el primera instancia administrativa en el Indecopi, existen graves vicios de relevancia constitucional y legal que están afectando el desarrollo de estos, especialmente en los procedimientos por conductas anticompetitivas que se tramitan al amparo del Decreto Legislativo 1034 – Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, instrumento legal que también prevé una estricta separación funcional entre el órgano que acusa e instruye el procedimiento (Secretaría Técnica) y el órgano que decide sobre tal acusación (Comisión). Los vicios ilegales e inconstitucionales que afectan la imparcialidad y el debido proceso, en estos

casos, consisten principalmente en la indebida actuación de una Comisión y de una Secretaría Técnica cuando:

- i. Realizan sesiones conjuntas sobre el caso durante toda la tramitación del procedimiento sancionador, incluida la deliberación sobre la decisión del caso, sin presencia de los administrados imputados; y,
- ii. La redacción de la decisión final de la Comisión (órgano decisor) es encargada a la Secretaría Técnica (órgano acusador).

Conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional y conforme a la legislación aplicable, estas actuaciones están prohibidas y su realización lesiona directamente derechos fundamentales, lo cual hemos denunciado hace muchos años²⁶ y concita el consenso de diversos juristas nacionales y extranjeros, expertos en el tema²⁷.

26 Cfr. *Succhi, Pierino*. Reglas de Juego. En: *Gestion.pe* 30 de enero de 2018. <https://gestion.pe/blog/reglasdejuego/2018/01/indecopi-bajo-la-lupa-es-necesario-asegurar-la-calidad-de-los-procedimientos-sancionadores.html>

27 Cfr: i) *Opinión legal respecto al cumplimiento del principio de separación de autoridades en el Indecopi* de octubre de 2020, elaborado por Christian Guzman Napuri; ii) Informe legal sobre el principio de imparcialidad en el marco del procedimiento administrativo sancionador en materia de libre competencia ante el Indecopi de octubre 2020, elaborado por Enrique Priori Santoro; iii) *Dictamen sobre la separación funcional entre la actividad acusatoria y decisoria en el Procedimiento Administrativo Sancionador: principios aplicables en el sistema jurídico peruano y especial enfoque en el procedimiento administrativo sancionador en materia de libre competencia* de octubre de 2020, elaborado por Juan Carlos Cassagne y Carlos José Laplacette; iv) *Informe legal que analiza si la garantía de la imparcialidad objetiva se ha cumplido en el procedimiento sancionador de conductas anticompetitivas al que se refiere la Resolución N.º 104-2018/CLC-Indecopi y con observaciones específicas sobre la Resolución N.º 0171-2019/SDC-Indecopi* de noviembre 2020, elaborado por José Antonio Tirado Barrera; v) *Dictamen Jurídico acerca del principio de imparcialidad y separación de funciones entre la fase de instrucción y decisión,*

Esta grave situación ha sido puesta en conocimiento de la presidencia del Indecopi, tanto en la gestión actual como en la anterior. Queda pendiente, a la fecha, corregir este *estado de cosas inconstitucional* que afecta derechos de los administrados en forma masiva, en cada uno de los procedimientos administrativos sancionadores que se tramitan bajo un esquema funcional que afecta el **principio de imparcialidad**, donde la redacción de la decisión final de la Comisión (órgano decisor) es encargada indebidamente a la Secretaría Técnica (órgano acusador), y ambos órganos se reúnen a solas, sin presencia del administrado imputado, para discutir su caso antes de la decisión final de primera instancia.

En consecuencia, ante la renuencia de corregir este *estado de cosas inconstitucional*, y en tanto prosigue en paralelo la acción constitucional en curso al respecto, parece recomendable que en la ley de reforma constitucional correspondiente se apruebe una disposición complementaria que disponga, bajo responsabilidad, el inmediato cumplimiento por parte del Indecopi de la ley y de la constitución para que se cumpla —en todos los procedimientos administrativos sancionadores— con una estricta separación funcional entre el órgano que acusa e instruye el procedimiento y el órgano que decide sobre tal acusación. Así, se contribuiría con la finalidad de asegurar el principio de imparcialidad y el debido proceso, que son derechos fundamentales.

en el procedimiento administrativo sancionador de conductas anticompetitivas (a cargo del Indecopi) de enero de 2021, elaborado por Gaspar Ariño Ortiz y Rafael Ariño Sánchez; y, vi) *Informe legal sobre el modelo de separación de funciones entre la Secretaría Técnica y la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi* de febrero de 2021, elaborado por César Higa, Enrique Sotomayor y Renzo Cavani (Evidence Lab).

ALCANCES SOBRE EL DERECHO A LA MOVILIDAD SOSTENIBLE EN EL PERÚ

Humberto Valenzuela Gómez*

INTRODUCCIÓN

En la actualidad más del 50 % de la población mundial vive en las ciudades y se espera que para el año 2030 dicho porcentaje llegue a 60 %¹. En el caso de América Latina, se estima que el 80 % de su población vive en ciudades.² Por ello, millones de personas requieren satisfacer sus necesidades básicas, trabajo y ocio a través de desplazamientos, de una manera sostenible y salvaguardando su integridad. Sin embargo, gran parte de las veces dichas condiciones no se cumplen, siendo la situación claramente crítica en el Perú:

La población del país en el año 2017 alcanzó los 31.8 millones de habitantes, la dinámica poblacional ha tenido una clara tendencia a la urbanización del país en desmedro de la población rural, sobre todo de la sierra (...) El crecimiento de las ciudades por este acelerado proceso de urbanización, ha agudizado los problemas de dotación de infraestructura urbana y la atención de servicios de diversa índole, siendo el transporte urbano uno de los más complejos, generalmente con servicios de baja calidad, con el deterioro y en muchos casos inexistencia de sistemas de transporte público, proliferación de modos inadecuados de transporte (crecimiento de la motorización individual de autos, taxis y moto taxis), generando graves problemas de congestión, altos niveles de siniestralidad, con importantes niveles de emisiones de GEI y contaminantes locales del aire, que se traducen en un elevado costo social.³

* Abogado. Máster en Derecho y Gestión del Transporte. Las ideas y comentarios vertidos en el presente artículo son de responsabilidad de su autor y no comprometen a la entidad en la que éste desarrolla sus labores.

1 Sustainable mobility for all: "Global Mobility Report 2017" p. 16.

2 <https://www.caf.com/es/conocimiento/visiones/2019/07/ciudades-con-futuro-para-una-region-con-futuro/>

3 Política Nacional de Transporte Urbano, p. 19.

Durante la última década se introdujo con especial énfasis y desarrollo el concepto de *movilidad sostenible*, en virtud del cual se establece que los desplazamientos se realicen de manera accesible y eficiente, garantizando la conservación del ambiente a través de medios seguros y de esta forma se satisfagan las necesidades y derechos de las personas.

El presente artículo tiene por objeto efectuar una breve reseña del tratamiento legal —aún incipiente en el Perú— del derecho a la movilidad sostenible en el Perú, con la finalidad de efectuar algunos aportes dirigidos a una regulación sistemática y aplicable a nuestro país. En todo caso, es importante recordar que la *movilidad sostenible* nos comprende a todos sin excepción —o al menos así debería serlo, en un sentido propio— de ahí que resulta fundamental su abordaje desde el punto de vista jurídico, reconociendo su carácter transversal.

1. CONCEPTOS CLAVE

Todas las personas necesitamos desplazarnos para satisfacer nuestras necesidades de cualquier clase: ocio, trabajo, educación, aprovisionamiento, intercambio comercial, etc. Por ello, la movilidad no es fin en sí mismo, sino que es una *demandada derivada* (cf. infra). En ese sentido, la *movilidad sostenible* aparece directamente relacionada con el ejercicio de varios derechos fundamentales. Sin embargo, antes de abordar los aspectos estrictamente vinculados con la regulación de la movilidad, es pertinente traer a colación algunos conceptos clave que nos serán de utilidad durante el desarrollo del presente artículo.

Atributos

De acuerdo a la iniciativa *Sustainable Mobility for All* (Movilidad Sostenible para Todos)

auspiciada por el Banco Mundial, la movilidad debe poseer cuatro atributos: ser equitativa (acceso universal), eficiente, segura y ser sensible respecto del ambiente, así se garantizará que las necesidades de movilidad (desplazamientos) de la población actual⁴.

En cuanto a la *equidad*, ella se encuentra directamente relacionada con la inclusión. Esto es, que *todas* las personas tienen derecho a una movilidad sostenible independientemente, sin discriminación, pero considerando sus condiciones particulares (género, discapacidad, edad, entre otros aspectos). A su vez, el acceso universal debe facilitar que los medios puestos a disposición permitan satisfacer las necesidades de las personas. Por ejemplo, que las redes de transporte público comuniquen adecuadamente los orígenes y destino; y que existe integración entre los diferentes medios.

Con relación a la *eficiencia*, el traslado de las personas debe producir beneficios mayores que los insumos demandados para ello, esto es, poder trasladarse al menor costo posible. Nos referimos aquí a los recursos y *outputs* directamente relacionados con la movilidad (tiempo, energía, etc.) y no con los beneficios finales que se produzcan como resultado del desplazamiento, como la satisfacción de las necesidades que facilita la movilidad.

Por otra parte, la *seguridad* comprende una serie de aspectos que van más allá de la mera *seguridad vial*. Una movilidad segura implica que las personas puedan desplazarse no solamente en vías seguras, sino también que el pro-

⁴ SUSTAINABLE MOBILITY FOR ALL: “Global Mobility Report 2017” pp. 7-8.

pio medio que utilicen sea seguro respecto de su integridad física y considere las condiciones particulares de los usuarios, lo que se relaciona con el concepto de *calidad de servicio*⁵.

Finalmente, en cuanto a la *sensibilidad o sostenibilidad ambiental*, la movilidad —aunque suene redundante decirlo en el actual contexto del calentamiento global— debe desplegarse en condiciones que no comprometan el entorno, no solamente respecto de la situación actual, sino en consideración a las generaciones futuras. Por ejemplo, el Perú —años antes de la pandemia— se comprometió a reducir en 30 % la emisión de los gases de efecto invernadero hacia el año 2030.⁶ Cabe indicar que hacia el año 2015 —año en el que el país asumió dicho compromiso— era el que más contribuía en la generación de emisiones de gases de efecto invernadero en el Perú, con un 37.5 %.⁷

Ahora bien, cuando confrontamos las condiciones antes señaladas con la situación actual de nuestro país, apreciamos lo siguiente:

- Durante el primer semestre de 2020, a nivel nacional se registraron 26 347 accidentes de tránsito,⁸ con un saldo de 933 fallecidos y 18 410 lesionados.⁹
- Hacia 2015, el transporte contribuía con 12.3 % del total de emisiones de gases de efecto invernadero.¹⁰
- El Programa Presupuestal 0148 —“Reducción del costo, tiempo e inseguridad en el Sistema de Transporte”¹¹ identificó como problema principal precisamente la existencia de elevada congestión, inseguridad y altos costos ambientales en el transporte urbano, situación que afecta directamente a más de 14 millones de habitantes en 11 ciudades del país.¹²
- En Lima, de los 10 millones de viajes diarios motorizados, más del 80% se realiza en transporte público. De ese total, menos del 15% se realiza en medios de transporte sostenibles.¹³

5 “La calidad del servicio de transporte público urbano en general, está estrechamente relacionada con el tiempo de viaje, la confiabilidad y regularidad del servicio, el nivel de seguridad, el costo del servicio, los medios de información al usuario, comodidad de los vehículos y el comportamiento de la tripulación.” (Política Nacional de Transporte Urbano, p. 26)

6 Informe Final de la Comisión Técnica Multisectorial de naturaleza temporal encargada de elaborar el informe técnico que contenga la propuesta de las Contribuciones Previstas y Determinadas a Nivel Nacional ante la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (2015), p. 32.

7 GIZ (Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit). “TRANSPerú: Sustainable Urban Transport NAMA Peru”, p. 13.

8 Nosotros utilizamos el término *accidente de tránsito*, en lugar del término *siniestro vial* de la fuente, toda vez que este último no está definido legalmente en nuestro ordenamiento jurídico. El término *accidente de tránsito* es el recogido en la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, el Reglamento Nacional de Tránsito – Código de Tránsito, así como en el Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguro Obligatorio por Accidentes de Tránsito. Asimismo, no es correcto dejar de utilizar dicho término porque se asemeje al caso fortuito o a la fatalidad.

9 Ministerio de Transportes y Comunicaciones, -. “Boletín Estadístico de Siniestralidad Vial: I Semestre 2020”, Dirección de Seguridad Vialp. 5.

10 GIZ (Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit): op. cit., p. 16.

11 https://www.mef.gob.pe/contenidos/presu_publico/ppr/prog_presupuestal/articulados/articulado_0148_2018.pdf

12 Ver mayor detalle en la Política Nacional de Transporte Urbano, aprobada por Decreto Supremo N.º 12-2019-MTC.

13 Ello se distribuye de la siguiente manera: 3,37 % corres-

- En Lima y Callao, 51% de la ciudadanía señaló que no se encuentra nada satisfecha con la seguridad para las mujeres y niñas en el transporte público.¹⁴

Si bien durante los últimos años, en nuestro país se han dado una serie de iniciativas dirigidas a la implementación de políticas de movilidad sostenible —las que veremos más adelante en la parte correspondiente a la situación en Perú— todavía queda un largo camino por recorrer. Empero, es importante tener presente que —debido a su propia esencia— la temática de la movilidad sostenible se mantiene en constante evolución, como en su momento ocurrió con el transporte y el tránsito, conceptos que resultaron insuficientes para abordar la magnitud de la problemática a resolver.¹⁵

ponde a la Línea 1 del Metro; 6,55 % al BRT (Metropolitano); y, 4,65 % a los Corredores Complementarios (Ver: Política de Subsidios del transporte urbano del Sistema Integrado de Transporte de Lima y Callao, Cuadro N.º 1).

14 INSTITUTO DE OPINIÓN PÚBLICA. “Estado de la Opinión Pública: el Sistema de Transporte en Lima y Callao”; *Boletín N.º 153*.; Pontificia Universidad Católica del Perú, 2018, p. 6.

15 Por ejemplo, el concepto de *economía circular* que se viene introduciendo tiene implicancia directa en los procesos productivos, así como en el planeamiento de las ciudades y, por ende, en la forma en la que deben concebirse los servicios de movilidad. Ver: EUROPEAN COMMISSION. “Circular Economy Action Plan”, 2020.

En cuanto a las *ciudades circulares*, encontramos la siguiente definición:

“(…) a circular city embeds the principles of a circular economy across all of its functions, establishing an urban system that is regenerative and restorative by design. In such a city, the idea of waste is eliminated, with assets kept at their highest levels of utility at all times and the use of digital technologies a vital process enabler. A circular city aims to generate prosperity and economic resilience for itself and its citizens, while decoupling value creation from the consumption of finite resources.” (WORLD ECONOMIC FORUM. “White paper: Circular economy in cities: Evolving the model for a sustainable urban future”, 2018, p. 10).

La movilidad como demanda derivada

La movilidad de personas y mercancías es lo que se conoce como una *demanda derivada*, esto es, que no tiene un fin en sí mismo, sino que es un medio utilizado para la satisfacción de otras demandas: trabajo, estudio, aprovisionamiento de bienes, ocio, etc.

En concordancia con lo anterior, algunos especialistas en la materia conceptualizan la movilidad como un derecho de segunda generación, en la medida que contribuye a la satisfacción de otros derechos fundamentales y requieren de una intervención positiva del Estado a efectos de facilitar los desplazamientos mediante la implementación de infraestructura, tarifas inclusivas, entre otros aspectos, que permitan la vida en la ciudad y, por ende, garanticen la dignidad humana y el ejercicio de los derechos fundamentales.¹⁶

2. DERECHO A LA MOVILIDAD SOSTENIBLE

La Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁷ —que data de 1948— prescribe lo siguiente:

“Artículo 13

1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.

2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país.
(...)

Artículo 20

16 OLIVEIRA JUNIOR, João Alencar. “Direito a mobilidade urbana: a construção de um direito social”. *Revista dos Transportes Públicos - ANTP - Ano 33 - 2011 - 1º quadrimestre*, p. 66.

17 <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas.
 2. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.
- (...)

Artículo 24

Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.

Artículo 25

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. (...)

Artículo 27

1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten. (...)

Por otro lado, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Vivienda y el Desarrollo Urbano Sostenible (Hábitat III), celebrada en Quito (Ecuador), el 20 de octubre de 2016, aprobó la “Nueva Agenda Urbana”, la cual introduce una serie de normas y principios relacionados con la planificación, construcción, desarrollo, gestión y mejora de las zonas urbanas.

En lo que respecta a la movilidad, los representantes de los gobiernos de los distintos países, así como de organizaciones del sector público y privado, adoptaron una serie de lineamientos

relacionados con ella, de los cuales reproducimos sólo algunos a continuación:¹⁸

“13. Imaginamos ciudades y asentamientos humanos que:

a) Cumplen su función social, entre ellas la función social y ecológica de la tierra, con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho a una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, sin discriminación, el acceso universal y asequible al agua potable y al saneamiento, así como la igualdad de acceso de todos a los bienes públicos y servicios de calidad en esferas como la seguridad alimentaria y la nutrición, la salud, la educación, las infraestructuras, la movilidad y el transporte, la energía, la calidad del aire y los medios de vida;

(...)

f) Promueven la planificación basada en la edad y el género e inversiones para una movilidad urbana sostenible, segura y accesible para todos, así como sistemas de transporte de pasajeros y de carga que hacen un uso eficiente de los recursos y facilitan un vínculo efectivo entre las personas, los lugares, los bienes, los servicios y las oportunidades económicas;

(...)

113. Adoptaremos medidas para mejorar la seguridad vial y la integraremos en la planificación y el diseño de infraestructuras sostenibles de movilidad y transporte. Junto con las iniciativas de sensibilización, promoveremos el enfoque de sistemas seguros que se solicita en el Decenio de Acción para la Seguridad Vial, prestando especial atención a las necesidades de todas las mujeres y las niñas, así como de los niños y los jóvenes,

¹⁸ NACIONES UNIDAS: “Nueva Agenda Urbana (2017)” pp. 19-34

las personas de edad y las personas con discapacidad, y quienes se encuentran en situaciones de vulnerabilidad. Trabajaremos para adoptar, aplicar y ejecutar políticas y medidas dirigidas a proteger y promover activamente la seguridad peatonal y la movilidad en bicicleta, con miras a obtener resultados generales en materia de salud, en particular la prevención de lesiones y enfermedades no transmisibles, y trabajaremos para elaborar y aplicar leyes y políticas integrales sobre la seguridad de los motociclistas, habida cuenta de las cifras crecientes y desproporcionadamente elevadas de muertes y lesiones que sufren en todo el mundo, en particular en los países en desarrollo. Promoveremos con carácter prioritario un viaje seguro y saludable a la escuela para todos los niños.
(...)

114. Promoveremos el acceso de todos a unos sistemas de transporte terrestre y marítimo y de movilidad urbana que sean seguros, asequibles, accesibles y sostenibles y tengan en cuenta las cuestiones de edad y género, que hagan posible una participación significativa en las actividades sociales y económicas en las ciudades y los asentamientos humanos, mediante la integración de los planes de transporte y movilidad en las planificaciones urbanas y territoriales y la promoción de una amplia gama de opciones de transporte y movilidad, en particular mediante el apoyo a:

a) Un crecimiento significativo de las infraestructuras de transporte público accesibles, seguras, eficientes, asequibles y sostenibles, así como opciones no motorizadas como la circulación peatonal y en bicicleta, a las que se dará prioridad frente al transporte motorizado privado;

b) Un “desarrollo orientado al tránsito” equitativo que reduzca al mínimo los despla-

zamientos, en particular los de los pobres, y prime la vivienda asequible para grupos de ingresos mixtos y una combinación de empleos y servicios;

c) Una planificación mejor y coordinada del transporte y el uso de la tierra, que permitiría reducir las necesidades de viaje y transporte y mejorar la conectividad entre las zonas urbanas, periurbanas y rurales, incluidos los cursos de agua, y una planificación del transporte y la movilidad, en particular para los pequeños Estados insulares en desarrollo y las ciudades costeras;

d) Conceptos de logística y planificación del transporte urbano de mercancías que permitan un acceso eficiente a los productos y servicios, reduzcan al mínimo sus efectos sobre el medio ambiente y la habitabilidad de las ciudades y aumenten al máximo su contribución a un crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible.

De otro lado, al revisar la Constitución Política del Perú, encontramos que los mismos derechos se encuentran reconocidos en el Capítulo I (Derechos Fundamentales de la Persona):

“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

(...)

11. A elegir su lugar de residencia, a transitar por el territorio nacional y a salir de él y entrar en él, salvo limitaciones por razones de sanidad o por mandato judicial o por aplicación de la ley de extranjería.

(...)

15. A trabajar libremente, con sujeción a ley.
(...)

22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del

tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida. (...)"

Cabe indicar que el artículo 3 de la Constitución Política señala claramente que el listado de derechos de su Capítulo I no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

Como hemos visto en la parte inicial del presente artículo, el derecho a la movilidad sostenible contiene una serie de aspectos que van más allá de la mera circulación o del *libre tránsito*, en la medida que su ejercicio está dirigido a facilitar el desarrollo de la persona dentro de un entorno digno y saludable, a través de medios de desplazamiento seguros, eficientes, inclusivos y amigables con el ambiente. En ese sentido, puede considerarse que, a pesar de no estar reconocido expresamente por la Constitución Política,— sí forma parte de aquellos que son inherentes a la dignidad del hombre, en la medida que la garantía de su titularidad y ejercicio por parte del Estado le permite a la persona acceder al ejercicio de otros derechos fundamentales reconocidos en el artículo 2 de la Carta Magna.

Sin embargo, debemos reconocer que —sin perjuicio de la interpretación antes mencionada— aun en el Perú no se ha conceptualizado a nivel positivo a la movilidad sostenible *como derecho fundamental*, lo que puede dificultar la implementación de políticas sobre la materia. Si bien el término *movilidad* o *movilidad sostenible* se ha introducido hace relativamente poco tiempo en nuestra legislación (como se verá más adelante), este se vincula más a lo

que es una función o actividad y no como un derecho propiamente dicho. Por ejemplo, a nivel jurisprudencial, el derecho a la libertad de tránsito es analizado desde lo que es el desplazamiento en sí mismo:

2. El Tribunal Constitucional ha señalado respecto al derecho a la libertad de tránsito que “La facultad de libre tránsito comporta el ejercicio del atributo de *ius movendi et ambulandi*. Es decir, supone la posibilidad de desplazarse autodeterminativamente en función a las propias necesidades y aspiraciones personales, a lo largo y ancho del territorio, así como a ingresar o salir de él, cuando así se desee” (sentencia emitida en el Expediente 02876-2005-PHC/TC). Asimismo, ha señalado que el derecho al libre tránsito es un elemento conformante de la libertad y una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona; y que esta facultad de desplazamiento se manifiesta a través del uso de las vías de naturaleza pública o de las vías privadas de uso público, derecho que puede ser ejercido de modo individual y de manera física o a través de la utilización de herramientas tales como vehículos motorizados, locomotores, etc.”¹⁹

Apreciamos, entonces, que aún nos encontramos en una etapa previa a una conceptualización normativa, a diferencia de otros países de la región. En todo caso, consideramos que es ineludible el paso hacia adelante, tal y como se ha venido dando a nivel de propuestas presentadas en el Congreso de la República y por la sociedad civil.²⁰

19 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N.º 01538-2017-PHC/TC.

20 Véase por ejemplo, el Proyecto de Ley N.º 4405-2018-CR: https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0440520190529.pdf

Antes de dar paso a la revisión de dos ejemplos de tratamiento del derecho a la movilidad sostenible en la región y a la situación en el Perú, queremos precisar que si bien este se encuentra directamente vinculado a la temática urbana no excluye (y no tiene por qué hacerlo) al mundo rural. La integración de las áreas urbanas y rurales es *crucial* para el desarrollo sostenible:

The transport options available in a country reflect its level of development. At the same time, transport is a driver as well as a marker of economic development. It enables individuals and communities to rise out of poverty and overcome social exclusion, connecting goods to markets and linking rural areas and market towns to large cities and the global marketplace.” [Las opciones de transporte disponibles en un país, reflejan su nivel de desarrollo. Al mismo tiempo, el transporte es un motor como una muestra del desarrollo económico. Él permite que los individuos y las comunidades salgan de la pobreza y superen la exclusión social, conectando los bienes a los mercados y relacionando las áreas rurales y mercados locales con las grandes ciudades y el mercado global.]²¹

Asimismo, no debemos limitar el concepto de la movilidad sostenible ni del derecho a ésta **únicamente a los medios de transporte terrestre, sino a todas las modalidades que se utilicen en una determinada localidad, lo que**, por ejemplo,- puede incluir el transporte fluvial.

3. DERECHO COMPARADO: BRASIL Y MÉXICO

a) Ley de Movilidad Urbana de Brasil

La Ley 12.587 de 2012 estableció las directrices de la Política Nacional de Movilidad Urbana en Brasil. Conforme a ella, la *movilidad urbana* es definida a nivel normativo como la condición en la que se realizan los desplazamientos de personas y cargas dentro del espacio urbano. A su vez, el *Sistema de Movilidad Urbana* es el conjunto organizado de los modos de transporte, servicios e infraestructuras que garantiza los desplazamientos antes mencionados dentro de un municipio.²²

A su vez, siempre conforme a la mencionada ley, la *Política Nacional de Movilidad Urbana* de la República Federativa de Brasil se basa en los siguientes principios:

- i. Accesibilidad²³ universal.
- ii. Desarrollo sustentable de las ciudades (en iii. la dimensión socioeconómica y ambiental).
- iii. Equidad en el acceso de los ciudadanos al transporte público colectivo.²⁴
- iv. Eficiencia, eficacia y efectividad en la prestación de los servicios de transporte urbano.
- v. Gestión democrática y control social del planeamiento y evaluación de la Política Nacional de Movilidad Urbana.

²² Artículos 3 y 4 de la referida Ley.

²³ A su vez, el numeral III del artículo 4° de la propia Ley 12.587 define *accesibilidad* como la facilidad puesta a disposición de las personas que posibilita a todas ellas la autonomía en los desplazamientos deseados, conforme a la legislación vigente.

²⁴ El *transporte público colectivo* se encuentra definido en el numeral VI del artículo 4° de la misma ley como el servicio público de transporte de pasajeros accesible a toda la población mediante pago individualizado, con itinerarios y precios establecidos por el poder público.

²¹ UNITED NATIONS. “Mobilizing Sustainable Transport for Development”, 2016, p. 9.

- vi. Seguridad en los desplazamientos de las personas.
- vii. Justa distribución de los beneficios y costos resultantes del uso de los diferentes modos y servicios.
- viii. Equidad en el uso del espacio público de circulación y vías.
- ix. Eficiencia, eficacia y efectividad en la circulación urbana.

Otro de los aspectos relevantes e interesantes normados por la Ley 12.587, en su capítulo tercero, es aquel referido a los derechos de los usuarios. Entre ellos se encuentra: recibir el servicio adecuado; participar del planeamiento, fiscalización y evaluación de la política local de movilidad urbana; ser informado de los puntos de embarque y desembarque, de forma gratuita y accesible, así como sobre los itinerarios, horarios, tarifas, etc.; y, tener un ambiente seguro y accesible para el uso del Sistema Nacional de Movilidad Urbana.

Asimismo, el capítulo cuarto establece que el Gobierno Federal —entre otras atribuciones— presta asistencia técnica y financiera a los otros niveles de gobierno, contribuye a la capacitación continua para el desarrollo de las instituciones vinculadas a la Política Nacional de Movilidad Urbana, fomenta la implantación de servicios de transporte público de gran o mediana capacidad en las aglomeraciones urbanas y presta —directamente o por delegación o gestión asociada— los servicios de transporte público interestatales de carácter urbano—.

Aun cuando, la Ley de Movilidad Urbana de Brasil constituye un hito importante, algunos especialistas consideran que debe darse el salto cualitativo hacia la positivización del derecho a la movilidad urbana:

Instituir direitos tem por objetivo principal exigir uma ação do Estado em favor do cidadão (...) O reconhecimento do direito a mobilidade urbana como direito de segunda geração possibilitará prever no orçamento (...) os recursos necessários à mobilidade urbana, assim como a solidariedade social no provimento de fundos (tributos, receitas extra-tarifárias e subsídios) capazes de **universalizar a mobilidade urbana** por transporte público e por transporte não motorizado (...) Garante-se, assim, a todos, o **princípio constitucional da igualdade** em sua essência, ou seja, **tratamento desigual aos desiguais**. [Instituir derechos tiene por objetivo principal exigir una acción del Estado a favor del ciudadano (...) El reconocimiento del **derecho a la movilidad urbana** como derecho de segunda generación permitirá prever en el presupuesto (...) los recursos necesarios para la movilidad urbana, así como la solidaridad social en la provisión de fondos (tributos, ingresos no tarifarios y subsidios) capaces de **universalizar la movilidad urbana** por transporte público y por transporte no motorizado (...) Así, se garantiza, a todos, el **principio constitucional de igualdad**, en su esencia, es decir, tratamiento desigual a los desiguales.]²⁵

b) Ley de Movilidad de la Ciudad de México

A diferencia de la ley brasileña, la Ley de Movilidad de la Ciudad de México (en adelante, “LMCM”) establece expresamente que la movilidad es el derecho de toda persona y de la colectividad a realizar el efectivo desplazamiento de individuos y bienes para acceder mediante los diferentes modos de transporte reconocidos en la Ley, a un sistema de movilidad que se ajuste a la jerarquía y principios que se estable-

25 OLIVEIRA JUNIOR, João Alencar. Op. cit., p. 68.

cen en este ordenamiento, para satisfacer sus necesidades y pleno desarrollo. Se recalca que el objeto de la movilidad es la persona.²⁶

Por otro lado, la LMCM señala que, para efectos del establecimiento de la política pública en la materia se considerará el nivel de vulnerabilidad de los usuarios, las externalidades que genera cada modo de transporte y su contribución a la productividad; estableciendo la jerarquía de la movilidad en concordancia con la pirámide que presentáramos en la introducción²⁷ y los siguientes principios, en concordancia con los atributos mencionados al inicio del presente artículo:

“Artículo 7.- La Administración Pública al diseñar e implementar las políticas, programas y acciones públicas en materia de movilidad, observarán los principios siguientes:

I. Seguridad. Privilegiar las acciones de prevención del delito e incidentes de tránsito durante los desplazamientos de la población, con el fin de proteger la integridad física de las personas y evitar la afectación a los bienes públicos y privados;

II. Accesibilidad. Garantizar que la movilidad esté al alcance de todos, sin discriminación de género, edad, capacidad condición, a costos accesibles y con información clara y oportuna;

III. Eficiencia. Maximizar los desplazamientos ágiles y asequibles optimizando los recursos disponibles, sin que su diseño y operación produzcan externalidades negativas desproporcionadas a sus beneficios.

IV. Igualdad. Equiparar las oportunidades de la población para alcanzar un efectivo ejercicio de su derecho a amovilidad, poniendo especial énfasis en grupos en desventaja física, social y económica, para reducir mecanismos de exclusión;

V. Calidad. Procurar que los componentes del sistema de movilidad cuenten con los requerimientos y las propiedades aceptables para cumplir con su función, producir el menor daño ambiental, ofrecer un espacio apropiado y confortable para las personas y encontrarse en buen estado, en condiciones higiénicas, de seguridad, y con mantenimiento regular, para proporcionar una adecuada experiencia de viaje;

VI. Resiliencia. Lograr que el sistema de movilidad tenga capacidad para soportar situaciones fortuitas o de fuerza mayor, con una recuperación de bajo costo para la sociedad y al medio ambiente;

VII. Multimodalidad. Ofrecer a los diferentes grupos de usuarios opciones de servicios y modos de transporte integrados, que proporcionen disponibilidad, velocidad, densidad y accesibilidad que permitan reducir la dependencia delusor (sic) del automóvil particular;

VIII. Sustentabilidad y bajo carbono. Solucionar los desplazamientos de personas y sus bienes, con los mínimos efectos negativos sobre la calidad de vida y el medio ambiente, al incentivar el uso de transporte público y no motorizado, así como impulsar el uso de tecnologías sustentables en los medios de transporte;

IX. Participación y corresponsabilidad social. Establecer un sistema de movilidad basado en soluciones colectivas, que resuelva los desplazamientos de toda la población y

26 Ley de Movilidad de la Ciudad de México, artículo 5.

27 Ley de Movilidad de la Ciudad de México, artículo 6.

en el que se promuevan nuevos hábitos de movilidad, a través de la aportación de todos los actores sociales, en el ámbito de sus capacidades y responsabilidades, y

X. Innovación tecnológica. Emplear soluciones apoyadas en tecnología de punta, para almacenar, procesar y distribuir información que permita contar con nuevos sistemas, aplicaciones y servicios que contribuyan a una gestión eficiente, tendiente a la automatización y eliminación del error subjetivo, así como a la reducción de las externalidades negativas de los desplazamientos.”

Luego de la breve revisión de estos dos marcos legales, podemos apreciar claramente que el concepto de movilidad —al comprender a todos los desplazamientos que se realizan para la satisfacción de las distintas necesidades— comprende al transporte, pero va mucho más allá de éste, como ya ha sido dicho aquí.

4. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL PERÚ

Como pudimos ver al inicio, no existe un reconocimiento explícito el derecho a la movilidad no ha recibido en nuestro país —todavía— el tratamiento holístico que requiere en atención a su condición de derecho fundamental para el desarrollo de las personas y para su relación con el entorno. Sin embargo, como veremos a continuación, existen disposiciones emitidas durante las últimas décadas, algunas de las cuales contienen varios de los principios de la movilidad sostenible, mientras que otras la definen y desarrollan, si bien aún no como un derecho específico distinto al derecho al libre tránsito.

Hemos visto ya las disposiciones que nuestra Constitución Política contiene y que se rela-

cionan con el derecho al libre desplazamiento, así como a otros derechos fundamentales, cuyo ejercicio se relaciona directamente con la movilidad, dado el carácter de demanda derivada de ésta. Corresponde, a continuación, revisar cómo ha sido el tratamiento normativo específico de la movilidad, en orden cronológico.

a) Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre

La Ley N.º 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre (en adelante, LGTT) en concordancia con lo consagrado en el artículo 1 de la Constitución Política del Perú, que establece como fin supremo de la sociedad y del Estado la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, señala lo siguiente:

Artículo 3.- Del objetivo de la acción estatal
La acción estatal en materia de transporte y tránsito terrestre se orienta a la satisfacción de las necesidades de los usuarios y al resguardo de sus condiciones de seguridad y salud, así como a la protección del ambiente y la comunidad en su conjunto.²⁸

Podemos ver claramente que la LGTT apostó desde un principio por colocar a la persona en el centro de la problemática, con la finalidad de garantizar la satisfacción de sus necesidades a través del transporte y tránsito. Nótese que ello es totalmente concordante con el concepto de *movilidad sostenible*.

²⁸ Ello se reitera en el numeral 4.3 del artículo 4 de la LGTT (sobre la libre competencia y el rol del Estado): “El Estado procura la protección de los intereses de los usuarios, el cuidado de la salud y seguridad de las personas y el resguardo del medio ambiente.”

Ahora bien, es importante tener en cuenta que la LGTT define al *transporte* como el desplazamiento en vías terrestres de personas y mercancías; mientras que el *tránsito* lo conceptualiza como el conjunto de dichos desplazamientos. Sin embargo, desde el momento que establece como objetivo de la acción estatal la satisfacción de las necesidades de los usuarios en concordancia con la Constitución Política, la norma establece una base importante a ser utilizada en medidas vinculadas con la movilidad sostenible, aun cuando su carácter sectorial pueda limitar el contar con una perspectiva holística. Es tal la importancia que reviste este principio, que se reitera —una vez más— en el artículo 4 de la norma:

Artículo 4.- De la libre competencia y rol del Estado

4.1 El rol estatal en materia de transporte y tránsito terrestre proviene de las definiciones nacionales de política económica y social. El Estado incentiva la libre y leal competencia en el transporte, cumpliendo funciones que, siendo importantes para la comunidad, no pueden ser desarrolladas por el sector privado.

4.2 El Estado focaliza su acción en aquellos mercados de transporte que presentan distorsiones o limitaciones a la libre competencia. En particular dirige su atención a los mercados que se desarrollan en áreas de baja demanda de transporte a fin de mejorar la competitividad en los mismos y a los existentes en áreas urbanas de alta densidad de actividades a fin de corregir las distorsiones generadas por la congestión vehicular y la contaminación.

4.3 El Estado procura la protección de los intereses de los usuarios, el cuidado de la salud y seguridad de las personas y el resguardo del medio ambiente. (...)

(...)

Artículo 6.- De la internalización y corrección de costos

6.1 El Estado procura que todos los agentes que intervienen en el transporte y en el tránsito perciban y asuman los costos totales de sus decisiones, incluidos los costos provocados sobre terceros como consecuencia de tales decisiones. Asimismo, promueve la existencia de precios reales y competitivos en los mercados de insumos y servicios de transporte y corrige, mediante el cobro de tasas u otros mecanismos similares, las distorsiones de costos generadas por la congestión vehicular y la contaminación.

6.2 Cuando la corrección de costos no sea posible, aplica restricciones administrativas para controlar la congestión vehicular y garantizar la protección del ambiente, la salud y la seguridad de las personas. (subrayado nuestro)

En lo que respecta directamente a los desplazamientos y servicios de transporte terrestre, las normas de desarrollo son: i) el Reglamento Nacional de Tránsito, aprobado por Decreto Supremo N° 033-2001-MTC —cuyo Texto Único Ordenado fue a su vez aprobado mediante Decreto Supremo N.° 016-2009-MTC— que establece normas que regulan el uso de las vías públicas terrestres, aplicables a los desplazamientos de personas, vehículos y animales y a las actividades vinculadas con el transporte y el medio ambiente, en cuanto se relacionan con el tránsito; y, ii) el Reglamento Nacional de Administración de Transporte, aprobado por Decreto Supremo N.° 017-2009-MTC, el cual tiene por objeto regular el servicio de transporte terrestre de personas y mercancías de conformidad con los lineamientos previstos en la LGTT. Este último, sin embargo, no comprende al servicio de transporte ferroviario ni al servicio de transporte especial de usuarios

en vehículos menores motorizados o no motorizados.

b) Normas del Sector Vivienda, Construcción y Saneamiento

La primera vez que en el Perú se utilizaron —a nivel normativo— los **términos** *movilidad* y *movilidad urbana* fue a nivel del sector Vivienda, Construcción y Saneamiento. Así, la Ley N.º 30156, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, contempla dentro de las funciones generales de dicha entidad el promover, desarrollar, contribuir y normar *la infraestructura de movilidad en el ámbito urbano y rural*, de manera coordinada, articulada y cooperante con los gobiernos regionales y locales.²⁹

Posteriormente, el Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano Sostenible, aprobado por Decreto Supremo N.º 022-2016-VIVIENDA, utiliza el término en varias oportunidades. Así, al definir *Espacio público* como aquél en el que —entre otros— se desarrolla *la movilidad* de las personas y mercancías, utilizando a la vez el término *circulación* como algo distinto.³⁰

29 Numeral 5 del artículo 8 de la Ley N.º 30156.

30 **“Artículo 4.- Definiciones**

Para efectos de la aplicación del presente Reglamento se entiende como:

(...)

9. Espacio público: Espacios libres de edificaciones, dentro o en el entorno inmediato de los centros poblados, que permiten su estructuración y articulación, la movilidad de las personas y mercancías, la integración e interacción social, la recreación de las personas, la facilitación del tendido de redes de servicios de infraestructura y, la regulación de los factores medioambientales.

El espacio público de la ciudad lo constituyen: Las áreas requeridas para la circulación peatonal y vehicular; las áreas para la recreación pública, activa o pasiva, las áreas para la seguridad y tranquilidad ciudadana; las fuentes de agua, los parques, las plazas, los jardines y similares.” (subrayado nuestro)

Es este reglamento el que —por primera vez en el país— define el término *movilidad urbana sostenible*, como “el conjunto de estrategias y medidas planificadas” destinadas a recuperar la calidad del espacio urbano y mejorar el desplazamiento de personas y mercancías (logística urbana), favoreciendo los modelos de transporte³¹ que menos recursos naturales consumen y menos costos ambientales provocan.³²

c) Normas relacionadas con la Autoridad de Transporte Urbano para Lima y Callao (ATU)

A partir de una modificación a la Ley Orgánica de Municipalidades y ante la problemática subsistente por décadas en el área metropolitana de Lima y Callao derivada de la falta de coordinación entre las entidades involucradas, la Ley N.º 30900, creó la ATU como organismo técnico especializado adscrito al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, cuyo objetivo es organizar, implementar y gestionar el Sistema Integrado de Transporte de Lima y Callao.³³

Entre las funciones de la ATU, se encuentra aprobar el Plan de Movilidad Urbana para las provincias de Lima y Callao, el cual debe considerar la integración multimodal de medios de transporte motorizados y no motorizados, así como los planes de desarrollo urbano vigentes

31 Debemos señalar que, el término *modelo de transporte* (no definido en el reglamento citado) no existe a nivel normativo. Ni la Ley N.º 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre ni el Reglamento Nacional de Administración de Transporte, aprobado por Decreto Supremo N.º 017-2009-MTC lo emplean, por lo que no deja de llamar la atención la “introducción” de dicho término, más aún por un sector distinto al rector sobre la materia.

32 Numeral 63.1 del artículo 63 del Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano Sostenible.

33 Artículo 3 de la Ley N.º 30900.

en su ámbito; y desarrollar y aplicar políticas para promover, fomentar y priorizar la movilidad sostenible con medios de transporte intermodal, accesibles, seguros, ambientalmente limpios y de amplia cobertura.³⁴

A su vez, el reglamento de la Ley N.º 30900, aprobado por Decreto Supremo N.º 005-2019-MTC contiene dos definiciones importantes. En primer lugar, conceptualiza la *movilidad* como el desplazamiento de personas y bienes, cualquiera sea el modo utilizado; y, en segundo lugar —de una manera distinta a lo hecho por el Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano Sostenible— define a la *movilidad urbana sostenible* como el desplazamiento de personas y bienes utilizando modos de transporte accesibles y seguros, con costos y tiempos razonables, eficientes en el consumo energético, que minimicen los efectos negativos sobre el medio ambiente y mejoren la calidad de vida de las personas. Por otro lado, su artículo 28 define que el *Plan de Movilidad Urbana* es el instrumento técnico normativo de planificación que, en el marco del conjunto de principios, objetivos y lineamientos de política, establece las formas de desplazamiento sostenibles dentro de una ciudad. Este plan considera las modalidades de transporte que hagan compatibles el crecimiento económico, la cohesión social, la defensa del medio ambiente y la calidad del espacio urbano, garantizando, de esta forma, una mejor calidad de vida para los ciudadanos.

Es importante recordar, que las normas antes mencionadas, se aplican únicamente dentro de la jurisdicción territorial conformada por la provincia de Lima y la Provincia Constitucional del Callao, ámbito de competencia de la ATU.

34 Literales c) y d) del artículo 6 de la Ley N° 30900.

Finalmente, *last but not least*, la Ley N.º 30900 declaró el transporte público de personas en todas sus modalidades como *servicio público*, devolviéndole el estatus que había perdido en el texto original de la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre.³⁵ Esta última disposición si es aplicable a nivel nacional.

d) Política Nacional de Transporte Urbano

En ejercicio de su rectoría en materia de transporte, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) aprobó —a inicios de 2019— la Política Nacional de Transporte Urbano,³⁶ “con el propósito de explicitar los lineamientos que orienten el desempeño de los gobiernos locales, competentes en desarrollo y gestión del transporte urbano, y constituya también el marco para la intervención y apoyo que las entidades nacionales deben prestar a los citados gobiernos.”³⁷

35 El texto original de la LGTT, en el literal b) de su artículo 2, definía el servicio de transporte como la “actividad económica que provee los medios para realizar el Transporte Terrestre.” Posteriormente, luego de la promulgación de la Ley N° 30900, el Decreto de Urgencia N° 019-2020 modificó el artículo 2 de la LGTT, quedando la redacción de un nuevo literal e), de la siguiente manera:

“Artículo 2. De las definiciones

Para efectos de la aplicación de la presente Ley, entiéndase por:

(...)

e) Servicio de Transporte de Personas: Servicio público a través del cual se satisface las necesidades de desplazamiento de los usuarios de transporte, bajo condiciones de calidad, seguridad, salud y cuidado del medio ambiente, haciendo uso del Sistema Nacional del Transporte Terrestre, terminales terrestres, estaciones de ruta u otro tipo de infraestructura complementaria que se considere necesaria para la adecuada prestación del servicio.” (subrayado nuestro)

36 Decreto Supremo N° 012-2019-MTC.

37 Política Nacional de Transporte Urbano, p. 4.

El problema público identificado y que da lugar a la PNTU es: “Personas y mercancías presentan limitaciones para el desplazamiento en el sistema de transporte urbano”. A su vez, el *sistema de transporte urbano* es definido como el conjunto de medios (infraestructura, vehículos, sistemas operativos, etc.) principios y reglas que permiten el desplazamiento de personas y mercancías en un área urbana o en un área urbana continua.³⁸ En consecuencia, el objetivo general de la PNTU es:

Dotar a las ciudades de sistemas de transporte seguros, confiables, inclusivos, accesibles, con altos estándares de calidad, institucionalmente coordinados, financiera, económica y ambientalmente sostenibles. Se espera: una disminución real de por lo menos 30% en el tiempo dedicado diariamente al transporte por los usuarios; disminución de número de muertes a nivel de 5 por 100,000 habitantes; y 20% de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero.³⁹

De acuerdo a lo anterior y a efectos de resolver el problema público que le da origen, la PNTU establece los siguientes objetivos prioritarios⁴⁰:

- Contar con sistemas de transporte urbano público eficaces para el desplazamiento de las personas.
- Mejorar la gobernanza del transporte urbano de personas y mercancías.
- Desarrollar servicios de transporte urbano con adecuada infraestructura, para los usuarios.
- Satisfacer las necesidades de transporte urbano de la población, en concordancia con el desarrollo urbano.

Precisamente con relación al primero de los objetivos señalados, uno de los lineamientos consiste en implementar sistemas de transporte sostenibles, lo que no implica autosostenibilidad, sino la posibilidad de contar con apoyos financieros, fuentes de ingreso diferentes a la tarifa y subsidios⁴¹. Esto es consistente con lo señalado en la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley N.º 30900, Ley que crea la ATU, la que establece que con el propósito de garantizar la sostenibilidad de los servicios de transporte terrestre de personas que se orienten hacia la movilidad dentro de un Sistema Integrado de Transporte Urbano de Lima y Callao, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones en coordinación con el Ministerio de Economía y Finanzas aprueban las políticas y planes de subsidio a favor de estos servicios, privilegiando a los sectores más vulnerables de la colectividad.

Dentro del texto de la PNTU, se encuentra un glosario de términos, el cual recoge la definición de *movilidad urbana sostenible* del Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano Sostenible.

e) Política de subsidios del transporte urbano de pasajeros del Sistema Integrado de Transporte Urbano de Lima y Callao

En virtud a lo señalado en la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley N.º 30900, mediante Decreto Supremo N.º 022-2019-MTC se aprobó la Política de subsidios del transporte urbano de pasajeros del Sistema Integrado de Transporte Urbano de Lima

38 PNTU, p. 16.

39 PNTU, p. 53.

40 PNTU, pp. 53-54.

41 Nótese la concordancia con lo señalado en la cita de OLIVEIRA JUNIOR, João Alencar (nota 26).

y Callao, la que tiene como objetivo general universalizar el acceso a los servicios de transporte público:

Sólo una nueva regulación económica de los servicios de transporte urbano utilizando subsidios permitirá garantizar la sostenibilidad de las prestaciones de servicios en el largo plazo y evitar la exclusión que sufren importantes segmentos de la población ya sea porque las tarifas de mercado actuales no son accesibles o porque la cobertura de los servicios sólo llega hasta la frontera de sostenibilidad.

Por todo lo anterior, el principal problema que justifica iniciar la implementación de una política de subsidios y de medidas para lograr la integración de los servicios de transporte urbano de pasajeros en Lima y Callao es la existencia de múltiples barreras de acceso que impiden que un importante sector de ciudadanos utilice los servicios de transporte público o que el uso y acceso de dichos servicios sea muy limitado.⁴²

A su vez, los objetivos específicos de esta política tienen relación con la eficacia, el cuidado del ambiente, la eficiencia y el acceso universal:

“4.1. (...)”

Los objetivos específicos de la política de subsidios son:

- Aumentar la tasa de uso del transporte público y limitar el transporte privado.
- Reducir los costos ambientales causados por la sobre-combustión generada por el parque automotor de transporte regular y especial
- Mejorar la eficiencia energética del sector del transporte urbano a través de la

42 Numeral 3.1 de la Política de subsidios del transporte urbano de pasajeros del Sistema Integrado de Transporte Urbano de Lima y Callao.

modernización de la flota y el uso de motores menos contaminantes.

- Incluir a los sectores vulnerables de la población en el SIT.”

Finalmente, como parte de la implementación de la PNTU, mediante Decreto Supremo N.º 027-2019-MTC, se creó el Programa Nacional de Transporte Urbano Sostenible (PROMOVILIDAD). Dicho programa, adscrito al MTC, tiene por objetivo promover Sistemas Integrados de Transporte en las ciudades de su ámbito de intervención,⁴³ con un enfoque de movilidad urbana sostenible y de género, bajo estándares de calidad, eficiencia, confiabilidad, accesibilidad, sostenibilidad financiera, equidad vertical y horizontal, promoción del uso de energías limpias incluyendo las medidas de mitigación y adaptación al cambio climático y trato prioritario a las personas en situación de vulnerabilidad y de grupos de especial protección.⁴⁴

V. UN ENSAYO DE CONCLUSIÓN

Luego de la rápida revisión que hemos realizado al concepto de movilidad sostenible, así como lineamientos y normas nacionales e internacionales, encontramos lo siguiente respecto de la situación en nuestro país:

- i. El derecho a la movilidad no se encuentra consagrado expresamente en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, existen derechos relacionados con él —derecho

43 Ciudades que cuenten con una población mayor a 100 000 (cien mil) habitantes y/o aquellas que constituyan capitales de departamento, con excepción de las ciudades bajo el ámbito de la ATU.

44 Numeral 2.1 del artículo 2 del Decreto Supremo N.º 027-2019-MTC.

a transitar libremente, al libre desarrollo y bienestar, al disfrute del tiempo libre, a gozar de un ambiente equilibrado y al adecuado desarrollo de la vida— que permiten contar con un sustento suficiente para su invocación, considerando además que nuestra Constitución Política establece un régimen de *numerus apertus* respecto de los derechos fundamentales.

- ii. Existen en nuestro país normas que recogen los principios relacionados con la movilidad sostenible, lo que es concordante con algunos compromisos internacionales contraídos por el Estado Peruano,⁴⁵ así como con sus políticas nacionales; aun cuando dichas normas se encuentran plasmadas en una serie de disposiciones de distintos sectores, diferentes ámbitos de aplicación y no necesariamente bajo una visión holística.
- iii. Las disposiciones antes mencionadas permiten la implementación de medidas relacionadas con la movilidad sostenible, como, por ejemplo: Sistemas Integrados de Transporte; modos eficientes (BRT, metros, corredores, etc.); uso de la bicicleta; medios de integración de pago; etc. Sin embargo, ello requiere de un eficaz nivel de coordinación de algunos sectores como Transportes

y Vivienda, así como de distintos niveles de gobierno, en la medida que el tránsito es una competencia de los gobiernos locales.

- iv. Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, debemos reconocer que la consagración a nivel positivo de un derecho constitucional a la movilidad sostenible puede representar ciertas ventajas, además de honrar compromisos y declaraciones suscritas por el Perú, como la Nueva Agenda Urbana (Conferencia Hábitat III)⁴⁶. En primer lugar, su identificación como derecho genera a su vez la obligación por parte del Estado de proveer las facilidades para los desplazamientos de las personas, no como mera prestación de servicio público, sino como un medio de realización personal, considerando la preservación del entorno y el uso eficiente de recursos. De otro lado, dicha consagración podría facilitar la implementación de esquemas de gobernanza a nivel nacional — de los cuales la ATU y PROMOVILIDAD han sido pasos fundamentales— que permitan la articulación de los diferentes niveles de gobierno. Finalmente, el reconocimiento expreso de dicho derecho permitiría salvaguardar su ejercicio y respeto efectivo de las coyunturas y situaciones inciertas que normalmente enfrenta nuestro país en desmedro de sus ciudadanos.

45 Cf. *supra*, notas 7 y 8.

46 Cf. *supra*, acápite III sobre el derecho a la movilidad sostenible.

NORMAS PARA LOS AUTORES

1. Los artículos deberán estar escritos o traducidos al castellano.
2. Los artículos deberán ser enviados en formato electrónico (archivo en Word compatible) al correo electrónico del Editor de la Revista.
3. Deben ser trabajos inéditos. Si el artículo se encuentra sustentado en textos escritos anteriormente por el autor debe citar la respectiva fuente.
4. Los trabajos serán sometidos a arbitraje ciego por pares para determinar su publicación.
5. El autor deberá acompañar la siguiente información:
 - Título del artículo. Subtítulo si corresponde.
 - Nombre completo del autor.
 - Referencia del autor de entre 25 hasta 50 palabras.
 - Dirección postal y electrónica.
 - Resumen del artículo.
 - Cuando se incluya comentarios sobre el origen del texto se colocará en nota al pie de página mediante asterisco.
6. La diagramación del texto deberá ajustarse a las siguientes especificaciones:
 - El formato de la página debe ser A4.
 - Los márgenes deben ser de 3 cm.
 - La extensión debe ser de mínimo 8000 palabras, sin incluir las notas al pie de página.
7. Las citas bibliográficas de otros autores serán indicadas en el interior del trabajo, mediante notas al pie de página, empleando la nomenclatura ob. cit, ibid., loc. cit., entre otros.
8. Los textos citados en el interior del trabajo deben incluirse en la bibliografía, que va al final del artículo. Un modelo es: APELLIDO, Nombre - «Título secundario». En: Nombre del editor, traductor o compilador. Título principal. Edición. Ciudad: Editorial, año, pp. # .

